

# **Sukupuoleen perustuva algoritminen pisteytys kuluttajan luottokelpoisuuden arviointimenettelyssä: sukupuoleen perustuvaa erottelua, syrjintää vai jotain muuta?**

Helsingin yliopisto

Oikeustieteellinen tiedekunta

OTM-tutkielma

Prosessioikeuden syventävät opinnot:

Riidanratkaisuteknologia ja digitalisoituva oikeus

Ohjaaja: Riikka Koulu

Sini-Sofia Hänninen

toukokuu 2020



Tiedekunta – Fakultet – Faculty Oikeustieteellinen tiedekunta		Koulutusohjelma – Utbildningsprogram – Degree Programme OTM	
Tekijä – Författare – Author Sini-Sofia Hänninen			
Työn nimi – Arbetets titel – Title Sukupuoleen perustuva algoritminen pisteytys kuluttajan luottokelpoisuuden arviointimenettelyssä: sukupuoleen perustuvaa erottelua, syrjintää vai jotain muuta?			
Oppiaine/Opintosuunta – Läroämne/Studieinriktning – Subject/Study track Prosessioikeus			
Työn laji – Arbetets art – Level OTM-tutkielma		Aika – Datum – Month and year 5/2020	Sivumäärä – Sidoantal – Number of pages VI + 83
Tiivistelmä – Referat – Abstract <p>Tietokoneet tekevät ihmisten arkeen vaikuttavia päätöksiä ohjelmoitujen päätössääntöjen, eli algoritmien, perusteella usein automaattisesti. Eräs yhteiskunnallinen toiminto, jonka parissa automatisoitu päätöksenteko on tyypillistä, on kulutusluotonanto. On tavallista, että tietokonealgoritmi toteuttaa kuluttajan luottokelpoisuuden arvioinnin, ja sitä kautta tekee päätöksen luottihakemuksen hyväksymisestä tai hylkäämisestä, automaattisesti. Tämän kaltaiseen menettelyyn liittyy oikeudenmukaisuuden toteutumiseen liittyviä riskejä. Onnistuuko algoritmi erottelamaan luottokelpoiset hakijat luottokelvottomista riittävän tarkasti kuitenkaan syrjimättä ketään? Onko hakijoiden pisteyttäminen sukupuolen perusteella sallittua, vai onko tällaisessa menettelyssä kyse kielletystä syrjinnästä?</p> <p>Kysymykset ovat tärkeitä, mutta samalla vaikeita, sillä niihin vastaamiseksi on ensin määriteltävä, mitä syrjinnällä algoritmisen päätöksentekojärjestelmän kohdalla tarkoitetaan. Tässä tutkielmassa algoritmien syrjivyyttä käsitellään tilasto- ja tietojenkäsittelytieteen parissa kehitetyn, algoritmin tekemien virheellisten päätösten suhteelliseen jakautumiseen keskittyvän, määritelmän avulla. Tutkielman tavoitteena on selvittää, miten mainittu algoritmisen syrjinnän määritelmä olisi operationalisoitavissa osaksi alun perin ihmisen päätöksentekoa ohjailemaan kehitettyä syrjinnänvastaista oikeutta. Tarkastelu osoittaa, että syrjinnän oikeudelliset määritelmät eivät ongelmitta onnistu kattamaan tällaista syrjinnän määritelmää. Tältä osin tutkielma valottaa tarvetta uudistaa syrjintää koskevaa perusoikeusdoktriinia siten, että sen avulla kyetään tarkoituksenmukaisesti sääntelemään syrjinnästä myös algoritmisen päätöksenteon omat lainalaisuudet huomioon ottaen. Muussa tapauksessa vaarana on, että syrjintäsääntelyn soveltaminen johtaa epätasa-arvoisiin lopputuloksiin.</p>			
Avainsanat – Nyckelord – Keywords digitalisaatio, algoritmit, päätöksenteko, luottokelpoisuuden arviointi, profilointi, syrjintä, sukupuoleen perustuva syrjintä			
Ohjaaja tai ohjaajat –Handledare – Supervisor or supervisors Riikka Koulu			
Säilytyspaikka – Förvaringställe – Where deposited			
Muita tietoja – Övriga uppgifter – Additional information			

## SISÄLLYS

LYHENNELUETTELO .....	V
KUVIOT JA TAULUKOT .....	VI
1 JOHDANTO .....	1
1.1 Tutkimuksen aihe ja tutkimuskysymykset .....	1
1.2 Tutkimusaiheen merkittävyys ja tarve tutkimukselle .....	3
1.3 Tutkimussuuntauksista ja menetelmistä .....	4
1.4 Nais- ja miessukupuolen valikoituminen tarkastelun kohteeksi .....	8
1.5 Keskeisiä rajauksia .....	9
1.6 Tutkimuksen rakenne .....	10
2 ALGORITMEISTA, LUOTTOKELPOISUUDEN ARVIOINNISTA JA SYRJINTÄPROBLEMATIIKASTA .....	11
2.1 Algoritmisesta päätöksenteosta .....	11
2.2 Automaattisesta päätöksenteosta, profiloinnista ja yleisestä tietosuojasetuksesta .....	12
2.3 Luottokelpoisuuden arvioinnin tärkeästä merkityksestä .....	16
2.4 Luottokelpoisuuden arviointi induktiivisen päättelyn ja profiloinnin avulla .....	18
2.5 Syrjintä algoritmeissa .....	22
2.6 Tyyppin I ja II virheet luotonantopäätöksissä .....	25
2.7 Sukupuolten välisistä eroista ja sukupuolen merkityksestä luottokelpoisuuden arvioinnissa .....	28
2.8 Ensimmäistä tutkimuskysymystä koskevat johtopäätökset .....	32
3 KESKEISET SYRJINTÄKIELLON OIKEUSLÄHTEET .....	34
3.1 Euroopan ihmisoikeussopimus .....	34
3.2 Euroopan unioni .....	36
3.2.1 Primaarinormisto .....	36
3.2.2 Neuvoston direktiivi 2004/113/EY .....	39
3.2.3 <i>Test-Achats</i> -tapaus .....	42
3.3 Perustuslaki .....	47
3.4 Tasa-arvolaki .....	52
3.5 Yhdenvertaisuuslaki .....	55
4 OIKEUSLÄHTEISIIN SISÄLTYVIEN SYRJINNÄN KONSTRUKTIOIDEN ANALYYSI .....	57
4.1 Syrjinnän sääntelyn monikerroksellisuus ja sukupuoleen perustuvan erottelun hyväksyttävyyssarviointi .....	57
4.2 Syrjintäsääntelyn yhteydestä yhdenvertaisuuden formaaliin ehtoon .....	60
4.3 Syrjinnän toteen näyttäminen .....	64
4.4 Muodollinen yhdenvertaisuus vs. tosiasiallinen yhdenvertaisuus sekä ja individualismi vs. kollektivismi .....	66

4.5 Toista tutkimuskysymystä koskevat johtopäätökset.....	69
4.6 Lopuksi .....	74
LÄHTEET .....	76

## LYHENNELUETTELO

DL	Defensor Legis. Suomen asianajajaliiton äänenkannattaja
EIOS	yleissopimus ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi (Euroopan ihmisoikeussopimus, SopS 18-19/1990)
EIT	Euroopan ihmisoikeustuomioistuin
EU	Euroopan unioni
EUVL	Euroopan unionin virallinen lehti (1.2.2003 jälkeen)
EYVL	Euroopan yhteisöjen virallinen lehti (ennen 1.2.2003)
hallitusmuoto	Suomen Hallitusmuoto 94/1919
HE	hallituksen esitys
KHO	korkein hallinto-oikeus
KSL	kuluttajansuojalaki 38/1978
LM	Lakimies. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen aikakauskirja
OTJP	Oikeustiede-Jurisprudentia. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen vuosikirja
PL	Suomen perustuslaki 731/1999
Perusoikeuskirja	Euroopan unionin perusoikeuskirja, EYVL, N:o C 364, 18.12.2000, s. 1–22
PeVL	perustuslakivaliokunnan lausunto
PeVM	perustuslakivaliokunnan mietintö
SEU	Euroopan unionista tehdyn sopimuksen konsolidoitu toisinto, EUVL, N:o C 83, 30.3.2010, s. 13
SEUT	Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen konsolidoitu toisinto, EUVL, N:o C 83, 30.3.2010, s. 47
SopS	Suomen säädöskokoelman sopimussarja
Tasa-arvolaki, TL	Laki naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta 609/1986
Wienin yleissopimus	valtiosopimusoikeutta koskeva Wienin yleissopimus SopS 32–33/1980
YL	Yhdenvertaisuuslaki 1325/2014

Yleinen tietosuoja-asetus	Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus (EU) 2016/679, annettu 27 päivänä huhtikuuta 2016, luonnollisten henkilöiden suojelusta henkilötietojen käsittelyssä sekä näiden tietojen vapaasta liikkuvuudesta ja direktiivin 95/46/EY kumoamisesta, EUVL N:o L119, 4.5.2016, s. 1–88
---------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

## KUVIOT JA TAULUKOT

Taulukko 1. Ristiintaulukko hakijan todellisen luottokelpoisuuden ja siitä tehdyn arvion suhteen.

# 1 JOHDANTO

## 1.1 Tutkimuksen aihe ja tutkimuskysymykset

Yhteiskunnan digitalisaatioon<sup>1</sup> liittyvät teemat ovat viime vuosina nousseet suosituiksi tieteellisen tutkimuksen kohteiksi.<sup>2</sup> Digitalisaatiota koskevassa oikeustieteellisessä tutkimuksessa erääksi keskeiseksi tutkimusintressiksi on noussut automatisoitu päätöksenteko.<sup>3</sup> Huomion keskittyminen automatisoituun päätöksentekoon on perusteltua, sillä algoritmeihin perustuvia automatisoituja päätöksiä käytetään yhä useammilla aloilla niin yksityisellä kuin julkisellakin sektorilla.<sup>4</sup> Tämä taas lisää painetta varmistua algoritmisten järjestelmien oikeudenmukaisuudesta.<sup>5</sup> Vaikka automatisoitujen päätöksentekojärjestelmien hyödyntämisestä voi koitua merkittävääkin hyötyä esimerkiksi tehokkuuden lisääntymisen ja resurssien säästymisen muodossa, voivat ne aiheuttaa myös huomattavia riskejä ihmisten oikeuksien ja vapauksien toteutumiselle.<sup>6</sup> Eräs tällainen riski on se, että automatisoitujen järjestelmien hyödyntäminen johtaa syrjintään esimerkiksi palvelujen ja tavaroiden perusteettoman epäämisen muodossa.<sup>7</sup>

Valtioneuvoston kanslian algoritmista päätöksentekoa koskevan julkaisun mukaan oikeustila on automatisoidun päätöksenteon osalta vielä suurelta osin epäselvä ja aihepiiri oikeudellisesti jäsentymätön.<sup>8</sup> Myös algoritmeista johtuvaa syrjintää koskevia oikeudellisia ratkaisuja on tähän saakka kertynyt vain niukasti. Vuonna 2018 yhdenvertaisuus- ja tasa-arvolautakunta antoi kuitenkin automatisoitua algoritmista päätöksentekoa koskevan päätöksen liittyen syrjintään kulutusluotonantotoiminnassa.<sup>9</sup> Lautakunnan päätös perusteluineen herätti mielenkiintoni aihepiiriä kohtaan ja tarjosi lähtökohdan tutkimusaiheen valitsemiselle.

Lautakunnan ratkaisussa oli kyse asiasta, jossa luotonhakijana olleelle suomenkieliselle miehelle ei ollut myönnetty luottoa vakaista tuloista ja aiempien maksuhäiriöiden puutteesta

---

<sup>1</sup> Koulu on määritellyt digitalisaatiolla tarkoitettavan laajassa merkityksessään ”*digitaalisten teknologioiden integroimista jokapäiväisiin toimintoihin eri elämän osa-alueilla sekä erilaisiin yhteiskunnallisiin prosesseihin*”. (Koulu LM 2018, s. 843–844.)

<sup>2</sup> Esimerkiksi Lakimieslehden vuoden 2018 Oikeus ja digitalisaatio -teemanumero käsitteli digitalisaation asettamia oikeudellisia haasteita laajasti eri oikeudenalojen näkökulmasta.

<sup>3</sup> Koulu havainnollisti Lakimieslehden Oikeus ja digitalisaatio -teemanumerossa digitalisaation tutkimuksen tarvetta juuri algoritmisen päätöksenteon kautta. (Koulu LM 2018) Ks. algoritmista päätöksentekoa käsittelevistä artikkeleista myös esimerkiksi Lepri ym. 2018, Viljanen 2017 ja Naarttijärvi 2017.

<sup>4</sup> 29 artiklan mukainen tietosuojaryhmä 2017, s. 5.

<sup>5</sup> Koulu LM 2018, s. 842.

<sup>6</sup> 29 artiklan mukainen tietosuojaryhmä 2017, s. 5.

<sup>7</sup> *Ibid.*, s. 6.

<sup>8</sup> Koulu ym. 2019, s. 66.

<sup>9</sup> Yhdenvertaisuus- ja tasa-arvolautakunta 21.3.2018 (216/2017)

huolimatta. Miehen luottihakemuksen hylkäävä automaattinen päätös oli perustanut päätöksensä väestötietojen pohjalta tehtyihin laskelmiin siitä, miten maksuhäiriöt prosentuaalisesti jakautuivat eri ryhmiin kuuluvien ihmisten välille. Tällä perusteella tehtyjen laskelmien varassa algoritmi oli pisteyttänyt hakijoita muun muassa sukupuolen ja äidinkielen perusteella antaen naispuolisille hakijoille enemmän pisteitä kuin miespuolisille hakijoille. Tapauksessa katsottiin näytetyksi, että jos hakija olisi ollut suomenkielisen miehen sijasta esimerkiksi ruotsinkielinen nainen, olisi hänen luottihakemuksensa hyväksytty. Päätöksessään lautakunta katsoi luotonantajan rikkoneen suoran syrjinnän kieltoa jättäessään kulutusluoton myöntämättä kiellettyihin syrjintäperusteisiin nojaten. Lautakunta kielsi luottoyhtiötä toistamasta syrjivää menettelyään ja asetti päätöksensä tehosteeksi uhkasakon.

Hieman yksinkertaistaen voidaan tulkita, että päätöksellään yhdenvertaisuus- ja tasa-arvolautakunta kielsi luottoyhtiötä jatkossa pisteyttämästä hakijoita heidän sukupuolensa perusteella luottopäätöksiä tehdessään. Lautakunnan päätöstä voidaan sinänsä pitää syrjintälainsäädännön mukaisena linjakkaana ratkaisuna. Kuitenkin on todettava, ettei sukupuolipisteytyksen kieltäminen välttämättä tehokkaasti turvaa algoritmien syrjimättömyyttä, sillä sukupuolen vaikutukset voivat jäädä algoritmin tekemiin päätöksiin korrelaatioiden kautta.<sup>10</sup> Lisäksi sukupuolipisteytyksen hyödyntämisen kieltö voi johtaa sukupuolten välisen tasa-arvon kannalta jopa haitallisiin seurauksiin. Eräässä tutkimuksessa esimerkiksi havaittiin, että sukupuolipisteytyksen eliminointi johtaa todennäköisesti maksukykyisten naisten luotonsaantimahdollisuuksien heikkenemiseen.<sup>11</sup>

**Tutkimustani taustoittavana, ensimmäisenä tutkimuskysymyksenäni selvitän, mikä olisi sukupuolipisteytyksen kieltoa parempi keino varmistaa algoritmisen päätöksentekojärjestelmän syrjimättömyys luotonannon kontekstissa.** Vastaukseksi kysymykseeni esitän virhetodennäköisyyksien tasaamiseen keskittyvää syrjinnän määritelmää. Määritelmä keskittyy algoritmin tekemien virheiden (väärien negatiivisten ja väärien positiivisten luottopäätösten) suhteelliseen jakautumiseen sukupuolten välille. Johtopäätöksenä on, että algoritmin tekemiä päätöksiä voitaisiin pitää syrjimättöminä, jos luottokelpoisten naisten ja luottokelpoisten miesten todennäköisyys saada positiivinen luottopäätös on yhtäläinen ja, jos toisaalta luottokelvottomien naisten ja luottokelvottomien miesten todennäköisyys saada negatiivinen luottopäätös on yhtäläinen. Tutkielmassani lähtökohdaksi on kirjallisuuteen perustuen muodostunut

<sup>10</sup> Calders – Žliobaitė 2013, s. 54.

<sup>11</sup> Andreeva – Matuszyk 2019.



se, että sukupuolipisteytyksen kieltoon keskittyvä syrjinnän määritelmä ja virhetodennäköisyyksien tasaamiseen keskittyvä syrjinnän määritelmä saattavat asettua vastakkain siten, että molempia ei ole mahdollista toteuttaa optimaalisesti samaan aikaan.

**Toisena tutkimuskysymyksenäni tarkastelen sitä, miten valitsemani virhetodennäköisyyksien tasaamisen keskittyvä algoritmisen syrjinnän määritelmä, ja toisaalta sukupuolipisteytyksen käyttöön keskittyvä määritelmä, sopivat yhteen syrjinnän oikeudellisten määritelmien kanssa.** Lisäksi tarkastelen, miten mainitsemani ristiriita näiden kahden algoritmista päätöksentekoa koskevan syrjintämääritelmän osalta voitaisiin ratkaista syrjinnän oikeudellisessa kehikossa.

## 1.2 Tutkimusaiheen merkittävyys ja tarve tutkimukselle

Vuonna 2005 julkaistussa väitöskirjassaan Pirjatanniemi käsittelee kestäväan kehitykseen liittyvien tavoitteiden operationalisointia osaksi oikeusjärjestystä.<sup>12</sup> Hänen mukaansa, jos tarkoituksena on pyrkiä rikos- ja ympäristöoikeudellisen normiston kautta kohti kestäväan kehityksen tavoitetta, tulee oikeusnormit kyetä operationalisoimaan tuota tavoitetta tukeviksi.<sup>13</sup> Tässä tutkielmassa taas on kyse pyrkimyksestä selvittää, miten (hyvin) algoritmista päätöksentekoa koskevat ei-oikeudelliset määritelmät ovat operationalisoitavissa voimassa olevan oikeusnormiston avulla osaksi syrjinnän vastaista oikeutta.

Kysymys on tärkeä, sillä uhkana on, että perustuslain (PL, 731/1999) tosiasiallinen käyttökelpoisuus heikkenee, jos se ei kykene vastaamaan teknologian kehittymisen mukaan tuomiin haasteisiin. Lavapuron mukaan, jos digitalisoituminen johtaa yhteiskunnallisesti merkittävän päätöksenteon yksityistymiseen ja teknologisoitumiseen, ovat valtiosääntöoikeudellinen tutkimus ja ”perustuslakikäsitys” vaarassa ajautua paitsioasemaan.<sup>14</sup> Hänen mukaansa valtiosääntöoikeudellisen tutkimuksen ja perustuslakikäsityksen olisikin ns. siirryttävä uuteen vaiheeseen, jotta ne kykenevät jatkossakin vastaamaan yhteiskunnallisesti merkittävimpien oikeudellisten käytäntöjen legitimizeettiä koskeviin ongelmiin.

Myös esimerkiksi Euroopan tietosuojavaltuutetun perustaman eettisen neuvontaryhmän mukaan on olemassa selkeä tarve tarkastella perustavanlaatuisesti uudelleen tiettyjen eettisten

---

<sup>12</sup> Pirjatanniemi 2005, s. 30.

<sup>13</sup> *Ibid*, s. 93.

<sup>14</sup> Lavapuro LM 2019, s. 222.

arvojen relevanssia sekä mahdollisuutta selvittää uusien digitaalisten haasteiden kanssa.<sup>15</sup> Perinteisten käsitteiden (kuten perusoikeuskirjaan<sup>16</sup> sisältyvien oikeuksien ja arvojen) ja uuden digitaalisen maailman välisen raon umpeen kurominen on kuitenkin ryhmän mukaan hankala tehtävä.<sup>17</sup> Eräs syy sille, miksi tehtävä on hankala, on se, että algoritmien hyödyntämistä koskevien suuntaviivojen kehittäminen edellyttää vahvaa yhteistyötä mm. tilastotieteilijöiden, oikeustieteilijöiden, yhteiskuntatieteilijöiden ja datatieteilijöiden välillä.<sup>18</sup> On kuitenkin riski, että eri tieteenaloilla julkaisevat tutkijat puhuvat ”ristiin”, ellei toisen tieteenalan piirissä kehitettyjä käsitteitä onnistuta integroimaan myös muille tieteen aloille.<sup>19</sup> Jos asiaa tutkii esimerkiksi vain tietojenkäsittelytieteen näkökulmasta, voi tutkimustulosten hyödyntäminen oikeudellisen sääntelyn saralla olla vaikeaa. Toisaalta algoritmisen päätöksenteon tutkiminen pelkästään oikeustieteellisen ymmärryksen ja menetelmien kautta on haastavaa, sillä tällöin reaalisen tutkimuskohteen, algoritmien ja niiden toiminnan, ymmärtäminen voi jäädä vajavaiseksi.

Tässä tutkielmassa pyrin osaltaan kuromaan umpeen tilasto- ja tietojenkäsittelytieteen parissa kehitettyjen syrjinnän määritelmien ja syrjinnän oikeudellisten määritelmien välistä etäisyyttä. Tehtävä ei ole ollut helppo, mutta se on auttanut myös jäsentämään syrjinnän vastaista oikeutta uudella tavalla. Tämän osalta voidaan viitata Kouluun, jonka mukaan pyrkimys teknologia- lähtöisen oikeudellisen murroksen ymmärtämiseen mahdollistaa myös oikeuden itseymmärrykseen liittyvien kysymysten perustavanlaatuisen uudelleentarkastelun.<sup>20</sup> Tutkielmani osalta syrjintälainsäädännön tarkastelu algoritmisen syrjinnän käsitteiden kautta onkin tarjonnut tilaisuuden ylipäättään lisätä ymmärrystä syrjinnän oikeudellisista käsitteistä ja sääntelyn luonteesta.

### 1.3 Tutkimussuuntauksista ja menetelmistä

Oikeustieteen piirissä on käyty melko laajaa ja varioivaa metodologista keskustelua. Eri tutkijat mieltävät oikeustieteen metodologian hieman eri tavoilla, eikä yhtä kaiken kattavaa määritelmää varmaankaan ole löydettävissä. Tässä tutkielmassa olen valinnut kuvata käyttämäni metodologiaa ja tutkimussuuntauksia erityisesti perustuen Minkkisen artikkelissaan ”*Oikeus- ja yhteiskuntatieteellinen tutkimus – suuntaus, tarkastelutapa, menetelmä?*” esittämiin

<sup>15</sup> Burgess ym. 2018, s. 6–7.

<sup>16</sup> Euroopan unionin perusoikeuskirja (EYVL, N:o C 364, 18.12.2000, s. 1–22).

<sup>17</sup> Burgess ym. 2018, s. 6.

<sup>18</sup> Euroopan unionin perusoikeusvirasto 2018, s. 11.

<sup>19</sup> Ks. esim. Minkkinen LM 2017, s. 920.

<sup>20</sup> Koulu LM 2018, s. 843.

kommentteihin.<sup>21</sup> Tukeutuminen pääasiallisesti vain yhteen esitykseen on perusteltua siitä syystä, että tällöin määritelmät ja tarkastelutapa säilyvät selkeinä, eivätkä fragmentoidu liikaa. Kuitenkin mielessä on pidettävä, että kyseessä on vain yhden tutkijan esittämä tapa kuvata oikeustieteellistä tutkimusta, ja tämän tutkielman tutkimuksellisia piirteitä voitaisiin kuvata muillakin tavoilla.

Minkkinen erottaa tosistaan tutkimussuuntaukset ja tutkimusmenetelmät. Eräitä keskeisiä oikeustieteellisiä tutkimussuuntauksia ovat hänen mukaansa lainoppi ja oikeus- ja yhteiskuntatieteellinen tutkimussuuntaus.<sup>22</sup> Minkkisen mukaan oikeus- ja yhteiskuntatieteellinen tutkimus on yleisnimitys sellaiselle tutkimukselle, joka käsittelee oikeutta sen yhteiskunnallisessa, poliittisessa, taloudellisessa, historiallisessa ja kulttuurisessa yhteydessä.<sup>23</sup> Lainoppi puolestaan luo Minkkisen mukaan monimutkaisesta yksittäisistä oikeusnormeista koostuvasta aineistosta käytännön juristin työtä helpottavia systemaattisia kokonaisesityksiä sekä tarjoaa tulkintasuosituksia.<sup>24</sup>

Minkkisen mukaan yksi tapa selvittää, mistä tutkimussuuntauksesta tietyssä oikeustieteellisessä tutkimuksessa on kyse, on kysyä, kenelle tieto on ensisijaisesti tarkoitettu.<sup>25</sup> Jos tutkimus palvelee ensisijaisesti oikeussalissa toimivia tahoja tavoitteenaan selvittää voimassaolevan oikeuden sisältö tietyn oikeudellisen ongelman ratkaisemiseksi, on kyseessä lainopillinen tutkimussuuntaus.<sup>26</sup> Tyypillinen lainopillinen tutkimusongelma on Minkkisen mukaan seuraavanlainen: ”*Kuinka oikeudellinen ongelma x ratkaistaan voimassaolevan oikeuden mukaan?*”. Tuohon ongelmaan vastaaminen taas usein edellyttää oikeuden systematisointia ja tulkintaa, jotka ovat tutkimusongelmasta johdettuja tutkimustehtäviä.<sup>27</sup> Näiden tutkimustehtävien toteuttaminen puolestaan edellyttää jotakin tutkimusmenetelmää, jolla esimerkiksi systematisointi voidaan toteuttaa.

Tutkielmaani voidaan kuvata osin lainopilliseksi. Toiseen tutkimuskysymykseen sisältyvä lainopillinen tutkimusongelma on se, miten luotonantopäätöksiä tekevän sukupuolipisteytystä hyödyntävän algoritmin syrjivyyttä koskeva ongelma voitaisiin ratkaista voimassaolevan oikeuden mukaan. Tästä tutkimusongelmasta johtuvia tutkimustehtäviä, siis systematisointia ja

---

<sup>21</sup> Minkkinen LM 2017.

<sup>22</sup> Minkkinen LM 2017, s. 915.

<sup>23</sup> *Ibid.*, s. 915.

<sup>24</sup> *Ibid.*, s. 909.

<sup>25</sup> *Ibid.*, s. 918.

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> *Ibid.*

tulkintaa, olen toteuttanut erilaisten menetelmien avulla. Olen esimerkiksi analysoinut oikeusnormeissa käytettyä kieltä ja yhdistellyt eri lähteistä (oikeuskäytäntö, oikeuskirjallisuus, julkisasiamiesten ratkaisuehdotukset, viranomaisen julkaisut) löytämiäni tulkintoja luodakseni koherenssia syrjinnän käsitteisiin. Mitään systematisointitehtävän taustalla olevaa laajempaa teoreettista mallia<sup>28</sup> ei kuitenkaan ole esitettävissä. Tämän voidaan nähdä jonkin verran rajoittavan erityisesti tutkimuksen reliabiliteettia.

Lähteinä olen analyysissäni käyttänyt laajasti myös muita kuin ns. velvoittavia oikeuslähteitä. Näin on esimerkiksi johtaessani syrjintädoktriinia koskevia tulkintoja yksittäisten julkisasiamiesten ratkaisusuosituksista intensiivisen lukemisen, siis ns. lähilukemisen, tekniikkaa hyödyntäen.<sup>29</sup> Valintaa voidaan puolustaa viittaamalla esimerkiksi Ruuskaseen, joka on viitannut kielitieteellisessä tutkimuksessa todetun, että yksittäistenkin virkatekstien analyysi voi avata merkittäviä näkymiä institutionaaliseen merkityksien tuottamiseen siitä syystä, että ne ovat tulosta oletettavan vakaasta, säädellystä ja vakiintuneisiin käytäntöihin nojaavasta institutionaalista työstä.<sup>30</sup> Toisaalta voidaan viitata myös syrjinnänvastaisen oikeuden polysentriseen luonteeseen<sup>31</sup>, mikä Tuorin mukaan viittaa oikeuslähteiden moninaistumiseen ja perinteisen hierarkkisen oikeuslähdeopin problematisoitumiseen.<sup>32</sup> Tällöin oikeudellinen diskurssi saa Tuorin mukaan ”uusia osanottajia”, eikä eri puheenvuorojen keskinäinen painoarvo ole yhtä yksiselitteinen kuin skandinaavisessa oikeuslähdeopissa on aikaisemmin ymmärretty.<sup>33</sup>

Toisaalta laaja lähteiden käyttö on perusteltua yksinkertaisesti se käytännön näkökulma huomioiden, että esimerkiksi perusoikeusdoktriinissa ei ole kehitetty tiettyjä oppeja yhtä huolellisesti kuin toisia, jolloin tulkinta-apua on haettava sieltä, mistä sitä on mahdollista löytää. Hie-  
man perinteistä poikkeavasta lähteiden käyttämisestä huolimatta tutkielmani on kuitenkin osin selkeän lainopillinen keskittyessäni systematisoimaan oikeusnormeja sen selvittämiseksi, miten tietty algoritmista päätöksenteon syrjivyyttä koskeva ongelma voitaisiin oikeudellisesti ratkaista.

Tutkielmaa kirjoittaessani mielessäni ei kuitenkaan ole ollut ensi sijassa oikeussalit vaan yhteiskunta laajemmin. Minkkisen mukaan, jos tutkimus palvelee ensisijaisesti muita

---

<sup>28</sup> Minkkinen LM 2017, s. 918.

<sup>29</sup> Ruuskanen 2006, s. 48.

<sup>30</sup> *Ibid*, s. 51.

<sup>31</sup> Anttila 2013, s. 7.

<sup>32</sup> Tuori 2007, s. 286.

<sup>33</sup> *Ibid*, s. 286.

yhteiskunnallisia tahoja, ei tutkimus (kyseessä olevan arviointitavan mukaan) ole suuntauksellisesti lainopillista.<sup>34</sup> Esimerkiksi tutkimus, joka pyrkii kartoittamaan voimassaolevan lainsäädännön puutteita ja luonnostelemaan muutosesityksiä ei tämän määritelmän mukaisesti ole ainakaan puhtaan lainopillista.<sup>35</sup> Perimmiltään tutkielmassani on kyse voimassaolevan lainsäädännön puutteiden kartoittamisesta ja muutosesitysten esittämisestä. Parempi kuvaus tutkimusongelmastani olisikin se, mitä puutteita vastaukseni edellä mainitsemaani lainopillista suuntausta edustavaan tutkimusongelmaan (*”miten luotonantopäätöksiä tekevän algoritmin syrjivyyttä koskeva ongelma voitaisiin ratkaista voimassaolevan oikeuden mukaan”*) paljastaa oikeuden kyvystä käsitteellistää ja ottaa huomioon algoritmiseen päätöksentekoon liittyviä erityispiirteitä. Tältä osin tutkielmani onkin ymmärrettävä nimenomaan oikeus- ja yhteiskuntatieteellisenä tutkimuksena.<sup>36</sup>

Tutkielmani solahtaa siis sen keskeisen tutkimusintressin ja johtopäätösten osalta paremmin oikeus- ja yhteiskuntatieteelliseen tutkimussuuntaukseen kuin lainopilliseen tutkimussuuntaukseen. Lisäksi on todettava tutkielman ensimmäisen käsittelyluvun olevan pääosin muuta kuin lainopillista, tai edes oikeudellista tutkimusta. Tutkielman ensimmäinen käsittelyluku toimii lähinnä tutkimuksen reaalista ongelmakenttää kartoittavana osiona. Luvussa kuvaan algoritmisen päätöksenteon piirteitä, ja sitä, mitä virhetodennäköisyyksien tasaaminen algoritmisen päätöksenteon yhteydessä merkitsee. Vaikka kysymys on tutkielmassa muotoiltu tutkimuskysymyksen muotoon, on tutkielman teon lähtökohtana melko pian aloittamisen jälkeen ollut se, että hyvä tapa tarkastella algoritmien syrjimättömyyttä luotonannon kontekstissa olisi keskittyä virhetodennäköisyyksien jakautumiseen sukupuolten välille.

Valitsin näkökulman alun perin siitä syystä, että se sopi hyvin yhteen oman sisäisen oikeudenmukaisuuskäsitykseni kanssa erityisesti luotonantotoimintaan liittyen. Myöhemmin havaitsin, että määritelmä näyttäisi olevan varsin keskeisessä asemassa algoritmista syrjimättömyyttä koskevassa kirjallisuudessa (mistä myös alkuperäinen ajatukseni virhetyypeihin keskittymisestä tosin todennäköisesti juonsi juurensa). Tutkimustuloksia tulkittaessa on kuitenkin otettava huomioon, että näkemys virhetodennäköisyyksiin keskittyvän määritelmän ”paremmuudesta” sukupuolipisteytyksen käyttöön keskittyvän määritelmän kanssa ei tietenkään ole

---

<sup>34</sup> Minkkinen LM 2017, s. 919.

<sup>35</sup> Minkkinen LM 2017, s. 919.

<sup>36</sup> *Ibid*, s. 920.

”absoluuttinen totuus”.<sup>37</sup> Sen sijaan se tarjoaa näkökulman, jonka kautta tarkastelen tutkimusaihetta.

#### 1.4 Nais- ja miessukupuolen valikoituminen tarkastelun kohteeksi

Oikeusjärjestys kieltää syrjinnän monien eri syrjintäperusteiden perusteella. Tässä tutkimuksessa tarkastelun kohteeksi on valikoitunut kuitenkin ainoastaan sukupuoli. Valintaa voidaan perustella useilla eri syillä. Ensinnäkin valintaa voidaan perustella oikeuden rakenteella: yhden tutkielman puitteissa olisi hankalaa käsitellä kakkia mahdollisia syrjintäperusteita samanaikaisesti, sillä sukupuolisyryjinnän ja muun syrjinnän kieltä koskee jopa lähes kokonaan eri säännökset, joiden sisältö, mahdollisesti myös tavoitteet ja rationaali, eroavat jonkin verran toisistaan.<sup>38</sup> Toisaalta myös oikeuskäytäntö on pitkälti eriytynyt syrjintäperusteen mukaan ja syrjintäperusteiden välillä esiintyy myös hierarkioita, joita olisi vaikea ottaa asianmukaisesti huomioon yhden tutkielman laajuudessa.<sup>39</sup>

Sukupuolen valikoitumista tutkielman kohteeksi perustelevat myös käytännön seikat. Sukupuolierottelulla on kiistatta keskeinen merkitys yhteiskunnassa. Esimerkiksi Nousiainen ja Pylkkänen ovat todenneet, että oikeusjärjestys itsessään perustuu olettamukseen sukupuolieron tärkeästä merkityksestä.<sup>40</sup> Ottamatta kantaa siihen, onko erityisesti kaksinaapaisen sukupuolierottelun korostunut oikeudellinen ja yhteiskunnallinen asema sinänsä toivottava seikka, seuraa siitä joka tapauksessa se, että nais- ja miessukupuoleen liittyvistä oikeudellisista ja psykologisista ilmiöistä on saatavilla paljon tutkimustietoa. Tämä helpottaa tutkimustyötä sen suhteen, että jää hieman vähemmän tarvetta arvailla, minkä luonteisia eroja naisten ja miesten välillä on.

Vaikka sukupuolieroja siis jonkin verran esiintyy, ovat ihmiset tutkimusten mukaan erityisen alttiita niiden luonteen väärinymmärtämiselle ja sukupuolistereotypioihin perustuville virhearvioinneille.<sup>41</sup> Sen välttämiseksi, että tutkielmaa lukemalla syntyisi virheellisiä uskomuksia sukupuolten välisistä eroista, on tärkeää pyrkiä kuvaamaan erojen luonnetta riittävän selkeästi ja liikaa yksinkertaistamatta, ja toisaalta tuoda esiin myös tutkimuksiin liittyviä puutteita. Tähän

<sup>37</sup> Absoluuttisia totuuksia eettisistä kysymyksistä voidaan tosin muutenkaan tuskin koskaan esittää.

<sup>38</sup> Näin esittää mm. Schiek 2005, s. 443–443 ja 447–448. Ks. myös eri syrjintäperusteiden välisistä eroista Gellert ym. 2013, s. 66.

<sup>39</sup> Ks. hierarkioista esim. Xenidis 2017, s. 23.

<sup>40</sup> Nousiainen – Pylkkänen 2001, s. 8 ja 16.

<sup>41</sup> Ks. esim. Prentice – Miller 2006. Ks. myös esim. Maney 2016.

olen pyrkinyt alaluvussa 2.7. Luku on tästä syystä hieman laajempi kuin pelkästään tutkimuskysymykseen vastaamisen kannalta olisi tarpeen.

## 1.5 Keskeisiä rajauksia

Tutkielmani aihekokonaisuus kiinnittyy useaan eri oikeudenalaan ja siten kokonaisuuteen liittyvät lukuisat eri lait. Tarkastelun ulkopuolelle on kuitenkin joitakin poikkeuksia lukuun ottamatta jäänyt muut kuin suoraan syrjintäkieltoa ja yhdenvertaisuutta koskevat lait. Rajausta on perusteltu tutkielman pituusrajoituksen ja muutoinkin esityksen koherenssin vuoksi. Lisäksi on huomautettava, ettei tutkielmassa ole otettu huomioon kaikki mahdollisia oikeuslähteitä syrjintäsäännöstenkään osalta. Sen sijaan tarkastelu on keskittynyt kaikkein keskeisimpien oikeuslähteiden – Euroopan ihmisoikeussopimuksen ja EU:n oikeuslähteiden sekä perustuslain ja keskeisten kansallisten syrjintää koskevien lakien – käsittelyyn. Rajausta on auttanut pitämään moniulotteisen aiheen helpommin ymmärrettävässä muodossa. Oikeuslähteiden tarkastelua laajentamalla olisi asiasta voinut kuitenkin aueta vielä laajempiakin näkökulmia, joista voisi olla hyötyä asian kokonaisarvion kannalta.

Aihetta voisi lisäksi tarkastella lukuisista muistakin eri näkökulmista. Näkökulmana voisi olla esimerkiksi se, minkälaisia vaikutuksia sukupuolipisteytyksen kiellosta on esimerkiksi luotonantajan toimintamahdollisuuksille. Kun tutkimuksen kohteena on kuitenkin syrjintälainsäädäntö, jonka keskeisimpänä funktiona voidaan pitää syrjinnän kohteeksi joutuvien suojaamista, on ollut perusteltua kohdistaa tarkastelu siihen, minkälaisia vaikutuksia toiminnalla olisi juuri niille ihmisille, jotka ovat vaarassa joutua syrjinnän kohteiksi – siis luotonhakijoille. Vielä voidaan mainita, että credit scoring<sup>42</sup> voi vaikuttaa lopulliseen luottopäätökseen monella tavalla: sen lisäksi, että sitä voidaan käyttää määrittämään se, myönnetäänkö luottoa vai ei, voidaan sitä käyttää hyödyksi kun määritetään esimerkiksi myönnettävän luoton suuruutta tai luoton hintaa.<sup>43</sup> Tässä tutkielmassa käsitteellistän asian käytännön syistä kuitenkin siten, että credit scoring -menetelmällä arvioitaisiin hakijan kelpoisuus luotolle hänen hakemansa luottosumman suhteen tietyillä luottoehdoilla, ja pelkästään tämän perusteella luotto joko myönnettäisiin tai evättäisiin. Tämä on yksinkertaistus, mutta toisaalta mahdollinen tilanne. Yksinkertaisen esimerkin käyttäminen auttaa käsittelemään erittäin monimutkaista aihekokonaisuutta ja on siksi perusteltu.

---

<sup>42</sup> Ks. luku 2.4.

<sup>43</sup> Kamp – Körffer – Meints 2008, s. 211.

Viimeiseksi on mainittava sukupuolen määrittelyyn liittyvä tutkimuksellinen rajausta liittyen siihen, mitä sukupuolia otan tarkastelussa huomioon. Tutkielmassani tarkastelen sukupuolipisteytystä ainoastaan siltä osin kun siinä otetaan huomioon vain nais- ja miessukupuoli. Nykykäsityksen mukaan sukupuoli on kuitenkin moninainen siten, ettei sukupuolta voi määritellä yksinomaan binäärisen nais-mies-jaottelun mukaisesti.<sup>44</sup> Valintani rajata tarkastelu naisiin ja miehiin on kuitenkin perusteltu erityisesti siitä syystä, että tutkimustietoa esimerkiksi maksuhäiriöiden jakautumisesta sukupuolten välille on saatavilla lähinnä naisista ja miehistä, ja tutkielmani keskeinen lähtöasetelma pohjautuu näistä tutkimuksista tekemiini päätelmiin. On kuitenkin selvää, että sukupuolen moninaisuus monimutkaistaa myös algoritmista päätöksentekoa koskevia yhdenvertaisuutta koskevia arvioita edelleen ja asiaa olisi syytä tutkia myös tältä kannalta.

## 1.6 Tutkimuksen rakenne

Tutkielmani koostuu temaattisesti kolmesta pääasiallisesta käsittelyluvusta. Niistä ensimmäisessä (2. *Algoritmeista, luottokelpoisuuden arvioinnista ja syrjintäproblematiikasta*) käsittelen yleisesti algoritmeihin, kulutusluotonantoon ja kuluttajan luottokelpoisuuden arviointiin liittyviä kysymyksiä. Luku on ensimmäistä tutkimuskysymystä koskevina johtopäätöksineen tutkielman kannalta olennaisessa osassa esitellessään aihekokonaisuuden reaalisen kontekstin ja tarjotessaan näkökulman aiheen tutkimiselle.

Toisessa pääasiallisessa käsittelyluvussa (3. *Keskeiset syrjintäkiellon oikeuslähteet*) käyn läpi syrjinnän keskeiset oikeuslähteet. Luku toimii taustoittavana osiona kolmannelle käsittelyluvulle (4. *Oikeuslähteisiin sisältyvien syrjinnän konstruktioiden analyysi*), jossa tulkiten ja arvioin kriittisesti oikeuslähteisiin sisältyviä syrjinnän määritelmiä ja käsitteitä. Kolmannen käsittelyluvun päätteeksi esitän myös johtopäätökset toiseen tutkimuskysymykseen. Johtopäätösten osalta keskeisessä osassa on erilaisten vaihtoehtojen tarjoaminen ensimmäisen käsittelyluvun lopussa esittämäni algoritmisen syrjinnän määritelmän operationalisoimiseksi osaksi syrjinnän vastaista oikeutta. Operationalisointitehtävän kautta osoitan myös tutkielmassani valitsemani näkökulman, ja siihen sisältyvien lähtöoletusten, kautta tarpeen syrjintää koskevan perusoikeusdoktriinin uudistamiselle.

---

<sup>44</sup> Ks. esim. Richards ym. 2016 ja Ainsworth 2015.



## 2 ALGORITMEISTA, LUOTTOKELPPOISUUDEN ARVIOINNISTA JA SYRJINTÄPROBLEMATIIKASTA

### 2.1 Algoritmisesta päätöksenteosta

Termillä 'algoritminen päätöksenteko' voidaan tarkoittaa tietoteknologioiden hyödyntämistä päätöksenteon tukena tai päätösaunaaatiossa.<sup>45</sup> Naarttijärven mukaan algoritmista päätöksentekojärjestelmää voidaan käyttää esimerkiksi tehokkuussyistä tai siksi, että sen avulla voidaan ottaa huomioon suurempi määrä empiiristä dataa kuin mitä ihminen päätöksentekijänä voi käsitellä.<sup>46</sup> Esimerkiksi luotonantotoiminnassa algoritmista päätöksentekoa voidaan hyödyntää automatisoimalla luottihakemuksen käsittely siten, että luotto voidaan myöntää tai jättää myöntämättä hakijalle ilman, että ihminen osallistuu käsittelyyn lainkaan. Tällöin myös kuluttajan luottokelpoisuuden arvioi tietokone.

Cormen määrittelee algoritmit laajassa merkityksessään askelsarjaksi, jolla tietty tehtävä suoritetaan.<sup>47</sup> Hirvonen taas on artikkelissaan määritellyt algoritmit kielitoimiston sanakirjaan viitaten täsmällisesti määritellyiksi käskyiksi tai toimenpiteiksi jonkin tehtävän suorittamiseksi.<sup>48</sup> Algoritmeissa on siis kyse tehtävän suorittamisesta ennalta määritellyn kaavan mukaisesti. Esimerkiksi luotonannon yhteydessä kaava voisi ohjata pisteyttämään hakijoita eri ominaisuuksien, kuten sukupuolen perusteella, ja myöntämään luoton, jos näin annettujen pisteiden summa ylittäisi tietyn ennalta määritellyn raja-arvon. Vaikka algoritmisesta päätöksenteosta puhuttaessa tarkoitetaan usein tietokonealgoritmeja, voidaan se laajassa merkityksessään ymmärtää myös ihmisen suorittamaksi toiminnoksi silloin, kun ihminen suorittaa jonkin tehtävän tarkasti ohjeita noudattaen. Näin olisi edellä mainitun esimerkin kohdalla silloin, jos ihminen tekisi luotonantopäätöksiä ennalta tarkasti määritettyyn pisteytysjärjestelmään perustuen.

Yleensä ihmisen päätöksenteko ei kuitenkaan perustu tiukkaan, ennalta määritettyyn, kaavaan ja ihmisen päätöksenteko voidaan ymmärtää algoritmiseksi vain rajatuissa tapauksissa. Kuten todettu, algoritmisella päätöksenteolla viitataan tyypillisesti ihmisen sijasta tietokoneen toimintaan. Viljanen viittaa tässä yhteydessä algoritmiseen toimijuuteen, johon liittyvä oikeudellinen haaste on hänen mukaansa siinä, ettei sen sääntely välttämättä ole ongelmattonta niiden

---

<sup>45</sup> Koulu LM 2018, s. 842.

<sup>46</sup> Naarttijärvi 2017, s. 245.

<sup>47</sup> Cormen 2013, s. 1. Tietokonealgoritmien osalta Cormen mainitsee lisäedellytykseksi sen, että askelsarja on riittävän tarkasti määritetty, jotta tietokone voi sen suorittaa.

<sup>48</sup> Hirvonen Oikeus 2018, s. 303.

lakien avulla, jotka on säädetty ihmisen toiminnan kontrolloimiseksi.<sup>49</sup> Haasteeksi muodostuu se, miten hyvin inhimillisten päätöksentekoprosessien sääntelyyn erikoistuneen oikeusjärjestelmän<sup>50</sup> avulla voidaan varmistaa algoritmisen päätöksenteon oikeudenmukaisuus.

Tähän ongelmaan liittyy myös tutkielmani teema. Syrjintälainsäädäntö voidaan katsoa kehittyneen juuri ihmisen harjoittaman syrjinnän estämiseksi.<sup>51</sup> On esitetty, että samoja perusperiaatteita voidaan soveltaa myös tapauksiin, joissa päätös on perustunut algoritmiin.<sup>52</sup> Ei kuitenkaan ole selvää, kuinka hyvin nämä perusperiaatteet sopivat yhteen algoritmien toimintalogiikan kanssa. Tutkielmassani tutkinkin sitä, miten ihmisen harjoittaman syrjinnän estämiseksi kehitetty syrjintälainsäädäntö kykenee varmistamaan algoritmien toiminnan syrjimättömyyden.

On vielä syytä huomauttaa, että vaikka algoritmit voidaankin määritellä edellä kuvatulla tavalla ”tietyn tehtävän suorittamiseksi määritetyksi askelsarjaksi”, ei algoritmisen päätöksenteko typisty pelkästään ohjelmoitaville säännöille perustuvaan automaatioon.<sup>53</sup> Esimerkiksi Koulua tulkiten voidaan todeta nykyään olevan perusteltua puhua algoritmisesta päätöksenteosta juuri siksi, että teknologioiden käyttökohteet ovat laajentumassa kohti autonomisempia järjestelmiä.<sup>54</sup> Ohjelmoitaville säännöille perustuvan päätöksenteon osalta voitaisiinkin puhua algoritmisen päätöksenteon sijaan yksinkertaisesti sääntöpohjaisesta päätösaunomaatiosta. Algoritmisen päätöksenteko on kuitenkin käyttökelpoinen kattotermi, joka kattaa sekä sääntöpohjaiset että tekoälypohjaiset ratkaisut, joten sen käyttö on perusteltua myös tässä tutkielmassa. Olen laatinut tutkielman erityisesti sääntöpohjaista automaatiota mielessä pitäen, mutta esittämäni perusperiaatteet voivat olla hyödyllisiä myös tekoälypohjaisten algoritmien syrjimättömyyden määrittelyssä.

## 2.2 Automaattisesta päätöksenteosta, profiloinnista ja yleisestä tietosuojasetuksesta

Algoritmit mahdollistavat automaattisen päätöksenteon, jolloin päätöksiä voidaan tehdä tietokoneavusteisesti jopa kokonaan ilman ihmisen osallistumista lopulliseen päätösprosessiin. Jos algoritmisessa päätöksenteossa käsitellään luonnollisia henkilöitä koskevia tietoja, tulee

<sup>49</sup> Viljanen LM 2017, s. 1077–1079.

<sup>50</sup> *Idid*, s. 1071.

<sup>51</sup> Näin toteaa esimerkiksi Žliobaitė 2017, s. 1064.

<sup>52</sup> Žliobaitė 2017, s. 1064.

<sup>53</sup> Ks. Koulum LM 2018, s. 851.

<sup>54</sup> Koulum LM 2018, s. 855.

sovellettavaksi yleinen tietosuoja-asetus<sup>55</sup>, johon sisältyy automatisoituja yksittäispäätöksiä ja profilointia koskevia säännöksiä. Asetus on suoraan sovellettavaa EU-oikeutta. Suomessa yleistä tietosuoja-asetusta sovelletaan rinnakkain tietosuojalain (1050/2018) kanssa, joka on asetusta täydentävä ja täsmentävä yleislaki.<sup>56</sup>

Tietosuojaryhmän ohjeet tarjoavat suuntaviivoja automatisoiduista yksittäispäätöksistä ja profiloinnista asetuksen täytäntöön panemiseksi.<sup>57</sup> Ohjeen mukaan tietosuoja-asetuksella otettiin käyttöön säännöksiä sen varmistamiseksi, että profilointia ja automatisoituja yksittäispäätöksiä ei käytetä siten, että ne vaikuttavat perusteettomasti henkilöiden oikeuksiin.<sup>58</sup> Asetusta sovelletaan automaattisen käsittelyn tai profiloinnin tuloksena tehtyjen päätösten lisäksi tietojen keräämiseen profiilien luomista varten sekä näiden profiilien soveltamiseen yksittäisiin henkilöihin.<sup>59</sup>

Tarkan (oikeudellisen) määritelmän profiloinnista (tietosuoja-asetuksen kontekstissa) tarjoaa asetuksen 4 artiklan 4 kohta. Sen mukaan profiloinnilla tarkoitetaan mitä tahansa henkilötietojen automaattista käsittelyä, jossa henkilötietoja käyttämällä arvioidaan luonnollisen henkilön tiettyjä henkilökohtaisia ominaisuuksia, erityisesti analysoidaan tai ennakkoidaan piirteitä, jotka liittyvät kyseisen luonnollisen henkilön työsuoritukseen, taloudelliseen tilanteeseen, terveyteen, henkilökohtaisiin mieltymyksiin, kiinnostuksen kohteisiin, luotettavuuteen, käyttäytymiseen, sijaintiin tai liikkeisiin.

Tietosuoja-asetuksen tarkoittama profilointi koostuu siis kolmesta osatekijästä.<sup>60</sup> Ensinnäkin kyseessä on oltava automatisoitu käsittely.<sup>61</sup> Toisekseen käsittely on suoritettava henkilötiedoilla. Kolmanneksi tavoitteena on oltava luonnollisen henkilön henkilökohtaisten ominaisuuksien arvioiminen. Menettely ei ole tietosuoja-asetuksen tarkoittamaa profilointia elleivät kaikki kolme edellytystä täyty. Esimerkiksi henkilöiden yksinkertainen

---

<sup>55</sup> Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukset (EU) 2016/679, annettu 27 päivänä huhtikuuta 2016, luonnollisten henkilöiden suojelusta henkilötietojen käsittelyssä sekä näiden tietojen vapaasta liikkuvuudesta ja direktiivin 95/46/EY kumoamisesta (EUVL N:o L119, 4.5.2016, s. 1–88).

<sup>56</sup> HE 9/2018 vp, s. 1.

<sup>57</sup> 29 artiklan mukainen tietosuojaryhmä 2017.

<sup>58</sup> *Ibid*, s. 6.

<sup>59</sup> *Ibid*.

<sup>60</sup> *Ibid*, s. 7.

<sup>61</sup> Joskaan ihmisen osallistuminen käsittelyyn ei ohjeen mukaan välttämättä sulje toimintoa määritelmän ulkopuolelle. (29 artiklan mukainen tietosuojaryhmä 2017, s. 7)

(automaattinenkaan) luokittelu tunnettujen ominaisuuksien, kuten iän ja sukupuolen, perusteella ei ole profilointia, ellei tarkoituksena ole henkilökohtaisten ominaisuuksien arviointi.<sup>62</sup>

Profilointia voidaan käyttää kolmella tavalla:

1. yleinen profilointi
2. profilointiin perustuva päätöksenteko
3. *pelkästään* automatisoitu päätöksenteko, profilointi mukaan luettuna, jolla on rekisteröityä koskevia oikeusvaikutuksia tai joka vaikuttaa häneen vastaavalla tavalla merkittävästi

Kaikkia kolmea tapaa käyttää profilointia koskevat tietosuoja-asetuksesta ilmenevät yleiset profilointia ja automaattista päätöksentekoa koskevat suojaperiaatteet.<sup>63</sup> Rekisterinpitäjät voivat suorittaa profilointia ja automatisoitua päätöksentekoa, jos ne voivat noudattaa kaikkia periaatteita ja niillä on laillinen peruste tietojen käsittelyyn. Lisäksi, silloin, kun on kyse 3-kohdan tarkoittamasta käsittelystä, sovelletaan artiklan 22 mukaisia täydentäviä suojatoimia ja rajoituksia.

Tietosuoja-asetuksen artiklan 22 mukaisia täydentäviä suojatoimia ja rajoituksia sovelletaan silloin kun kyseessä on *pelkästään* automatisoitu päätöksenteko, profilointi mukaan luettuna, jolla on rekisteröityä koskevia oikeusvaikutuksia tai joka vaikuttaa häneen vastaavalla tavalla merkittävästi. Automatisoidusta päätöksenteosta on kyse silloin, kun päätöksiä tehdään tekniikan avulla ilman ihmisen osallistumista.<sup>64</sup> Asetuksessa ei tarkemmin määritellä mitä *oikeusvaikutuksilla* tai *vastaavalla tavalla merkittävillä vaikutuksilla* tarkoitetaan. Ohjeen mukaan oikeusvaikutus edellyttää sitä, että päätös vaikuttaa henkilön laillisiin oikeuksiin, kuten yhdistymisvapauteen, äänioikeuteen tai oikeuteen ryhtyä oikeustoimiin. ”Vastaavalla tavalla merkittävien vaikutusten” osalta ohjeessa taas viitataan tietosuoja-asetuksen johdanto-osan 71 kappaleeseen, jossa mainitaan tällaisesta vaikutuksesta online-luottihakemuksen automaattinen epääminen. On siis melko selvää, että tutkielman tutkimuskohteena olevan algoritmiseen

<sup>62</sup> 29 artiklan mukainen tietosuojaryhmä 2017, s. 7. Profiloinniksi ei näin ollen määritellä esimerkiksi sitä, jos yritys luokittelee asiakkaitaan näiden iän tai sukupuolen mukaan tilastollisiin tarkoituksiin hankkiakseen kokonaiskuvan asiakkaistaan tekemättä mitään ennusteita tai päätelmiä tietystä henkilöstä.

<sup>63</sup> Nämä periaatteet koskevat tietosuojaa, tietojenkäsittelyn oikeudellisia perusteita, erityisiä tietoryhmiä, ja rekisteröidyn oikeuksia.

<sup>64</sup> 29 artiklan mukainen tietosuojaryhmä 2017, s. 8.

päätöksentekoon perustuvan automaattisen luotonannon kontekstissa tulee sovellettavaksi tietosuoja-asetuksen artikla 22.

Artiklan 22 mukaisena pääsääntönä on, että sellaiset täysin automatisoidut yksittäispäätökset, joilla on rekisteröityä koskevia oikeusvaikutuksia tai jotka vaikuttavat häneen vastaavalla tavalla merkittävästi, ovat kiellettyjä.<sup>65</sup> Pääsäännöstä on kuitenkin poikkeuksia – esimerkiksi käsittelyn perustuminen suostumukseen. Poikkeuksia sovellettaessa on kuitenkin toteutettava toimenpiteitä, joilla suojataan rekisteröidyn oikeudet ja vapaudet sekä oikeutetut edut.<sup>66</sup> Nämä koskevat vähintään oikeutta vaatia, että tiedot käsittelee rekisterinpitäjän puolesta luonnollinen henkilö, sekä oikeutta esittää kantansa ja riitauttaa päätös.

Tutkielman kannalta olennaista voi olla erityisesti rekisteröidyn oikeus saada pääsy tietoihin (art. 15) ja siihen automaattisen päätöksenteon yhteydessä liittyvä oikeus saada tieto profiiloin olemassaolosta sekä merkitykselliset tiedot käsittelyyn liittyvästä logiikasta samoin kuin kyseisen käsittelyn merkittävyys ja mahdolliset seuraukset rekisteröidylle (art. 15(1)h). Algoritmisen automaattisen päätöksenteon yhteydessä tiedonsaantioikeudet ovat osaltaan omiaan mahdollistamaan sen, että luotonhakijalla on ylipäättään mahdollisuus saada selville, millä perusteiden hänen luottihakemuksensa on tehty. ”Mahdollisuudella” tarkoitan kahta asiaa. Ensimmäkin viittaa mahdollisuudella siihen seikkaan, että luotonhakijalla on automaattisen päätöksenteon kohdalla edellä mainittu lakisääteinen oikeus saada tietoonsa päätöksen tehneen algoritmin toimintalogiikka.<sup>67</sup>

Toisekseen viittaa siihen seikkaan, että algoritmisen päätöksenteon kohdalla on ylipäättään olemassa tekninen mahdollisuus selvittää tarkalleen, mihin perusteisiin päätös on perustunut (olettaen, että kyseessä ei ole ns. black box -algoritmi<sup>68</sup>). Ihmisen tekemissä päätöksissä tilanne taas on lähtökohtaisesti toinen, sillä ihmisen kognitioon keskeisesti kuuluva ominaisuus on se, että ihminen ei edes itse tiedosta kaikkia niitä tekijöitä, jotka hänen päätöksiinsä ovat

<sup>65</sup> 29 artiklan mukainen tietosuojaryhmä 2017, s. 21.

<sup>66</sup> *Ibid*, s. 21.

<sup>67</sup> Toki tähän oikeuteen liittyy tiettyjä rajoitteita. Oikeuskirjallisuudessa on esimerkiksi tulkittu, ettei oikeus saada merkitykselliset tiedot käsittelyyn liittyvästä logiikasta tarkoita sitä, että toiminnanharjoittajalla olisi velvollisuus avata käyttämänsä algoritmin toimintalogiikka kokonaan yksityiskohtia myöten. (Wachter – Mittelstadt – Floridi 2017, s. 90.) Toisaalta on todettu, että kuluttajien informoiminen voi muutoinkin olla epätehokas sääntelykeino kuluttajien etujen turvaamiseksi. Ks. esim. Howells 2005.

<sup>68</sup> Black box -algoritmeilla viitataan algoritmeihin, joiden toimintalogiikka on ns. näkymätön. Ks. esim. Koulu LM 2018, s. 862.

vaikuttaneet.<sup>69</sup> Myös tämä seikka osaltaan mahdollistaa syrjintädoktriinin uudelleen arvioinnin ja täydentämisen.

### 2.3 Luottokelpoisuuden arvioinnin tärkeästä merkityksestä

Tässä tutkielmassa algoritmiseen päätöksentekoon liittyvän syrjintäproblematiikan reaaliseksi kontekstiksi on valikoitunut kulutusluotonanto. Luottoa sopimussuhteena määrittää keskeisin osin se, että sopimuksen kohteena oleva suoritus (rahan lainaaminen toisen käyttöön<sup>70</sup>) toteutetaan eri aikaan kuin takaisinmaksu.<sup>71</sup> Tällaisissa, eriaikaisten suoritusten luonnehtimissa, sopimussuhteissa sopimusosapuolen luotettavuuden arvioinnilla on katsottu olevan tärkeä merkitys.<sup>72</sup>

Luotonhakijan luotettavuuden arviointia voidaan kutsua luottokelpoisuuden arvioimiseksi.<sup>73</sup> Syrjintäkysymys aktualisoituu luotonannossa usein juuri luottokelpoisuuden arvioinnin yhteydessä. Luottokelpoisuuden arvioinnissa on kyse sen arvioinnista, onko luottoa hakeva luotonhakija luottokelpoinen hakemansa lainasumman osalta – siis, voidaanko luotonhakijan odottaa suoriutumaan takaisinmaksusta ajallaan.

Luottokelpoisuuden riittävän tarkka arviointi on keskeistä yritystoiminnan jatkuvuuden varmistamisen kannalta. Jos luotonantaja myöntää liikaa luottoja ihmisille, jotka eivät kykene maksamaan luottoa takaisin, vaarantuu luotonantajan yritystoiminnan kannattavuus. Toisaalta, jos luotonantaja myöntää luottoja liian tiukoin kriteerein, voivat toimintamahdollisuudet kutistua liikaa. Onnistuneessa luottokelpoisuuden arviointimenettelyssä onnistutaan siis saman aikaisesti kahdessa lähes vastakkaisessa tehtävässä: pitämään virhearvioinneista aiheutuvat kulut mahdollisimman pieninä, mutta samaan aikaan myöntämään luottoja riittävän liberaalein perustein, jotta liiketoiminta voi jatkua.<sup>74</sup>

<sup>69</sup> Tämä johtuu siitä, että osa ihmisen päätöksentekoprosesseista saattaa olla tiedostamattomia. Tästä esimerkkinä voidaan antaa tiedostamattomat asennevinoumat. (Ks. esim. Holroyd – Stafford – Scaife 2017). Vaikka päätöksen tehnyt ihminen siis pyrkisikin vilpittömästi kertomaan, mihin hän on päätöksensä perustanut ei hänen kertomansa välttämättä kuvaa koko todellisuutta.

<sup>70</sup> Niemi määrittelee luoton yksinkertaisesti rahan lainaamisena toisen käyttöön. (Niemi 2014, s. 19.)

<sup>71</sup> Niemi 2014, s. 20.

<sup>72</sup> HE 241/2006 vp, s. 4.

<sup>73</sup> Ks. kuluttajansuojalain (38/1978) 7:14.1 §.

<sup>74</sup> Durand 1941, s. 7–8. Toki voidaan huomauttaa, että liiketoimintavoittoa voidaan periaatteessa pyrkiä maksimoimaan myös muilla keinoilla, kuten pyrkimällä maksimoimaan asiakkaiden maksukyvyn horjumisesta seuraavasta perintämenettelystä koituvat voitot. Tutkielmassani en kuitenkaan käsittele tätä kysymystä, joskin se korostaa entisestään sääntelyn noudattamisen valvontaan liittyviä haasteita.

Luottokelpoisuuden onnistunut arviointi on tärkeää myös luotonhakijan kannalta. Jos luotto myönnetään luottokelvottomalle hakijalle, voi seurauksena olla maksuhäiriö ja eriasteinen velkaantuminen. Vaikka yksittäiset kulutusluotot ovat usein euromäärältään pieniä, voivat ne aiheuttaa huomattaviakin velkaongelmia ihmisille: esimerkiksi vuonna 2012 perustuslakivaliokunta katsoi, että pikaluotot olivat kiistatta aiheuttaneet, tai ainakin syventäneet, ylivelkaantumiseen liittyviä yhteiskunnallisia ongelmia.<sup>75</sup>

Velkaantumisen puolestaan on tutkimuksessa todettu olevan yhteydessä monenlaiseen huonosuuteen, kuten sairastavuuteen<sup>76</sup>, matalaan asumisen laatuun ja työssä koettuun stressiin<sup>77</sup>. Vaikka korrelaatio ei edellytä kausaatiota, arvioitiin eräässä tutkimuksessa, että esimerkiksi mielenterveyshäiriöiden ja velkaantumisen suhde olisi todennäköisesti molemmiin suuntaisesti kausaalinen siten, että mielenterveyden häiriöt aiheuttavat velkaantumista ja velkaantuminen mielenterveyden häiriöitä.<sup>78</sup> Velkaantumisen perusoikeudellisen ulottuvuuden osalta voidaan taas viitata perustuslakivaliokunnan lausumaan, jonka mukaan elinikäinen tai kohtuuttoman pitkäkestoinen ulosotto voi oleellisesti heikentää sen kohteena olevan henkilön mahdollisuuksia elää ihmisarvoista elämää.<sup>79</sup>

Lisäksi on huomattava, että maksuhäiriömerkinnästä voi koitua ihmiselle huomattavaa harmia esimerkiksi vuokra-asunnon tai työpaikan saamisen vaikeutumisen muodossa, vaikka tilanne ei johtaisikaan velkaantumiseen. Toisaalta haittaa on myös siitä, jos todellisuudessa luottokelpoinen ihminen ei saa hakemaansa luottoa. Merkittävääkin haittaa voi aiheutua esimerkiksi siinä tapauksessa, ettei hän luottoa vaille jäädessään kykene kustantamaan arjen sujumisen kannalta tärkeitä menojaan.

Ottaen huomioon edellä mainitut seikat, on ymmärrettävää, että laki edellyttää luotonantajaa arvioimaan kuluttajan luottokelpoisuuden ennen sopimuksen tekemistä (kuluttajansuojalain (KSL 38/1978) 7:14 §), ja kieltää luotonantajaa myöntämästä luottoa siinä tapauksessa, että luottokelpoisuuden arviointi osoittaa, ettei kuluttaja todennäköisesti täytä luottosopimuksesta johtuvia velvoitteitaan luottosopimuksessa edellytetyllä tavalla (KSL 7:16 a §). Arviointi on kuitenkin vaikeaa siitä syystä, että kyse on käytännössä katsoen tulevaisuuden ennustamisesta ja tulevaisuutta on mahdotonta täysin tarkasti ennustaa. Tulevaisuuden ennustamisessa apuna

---

<sup>75</sup> PeVL 28/2012 vp, s. 2–3.

<sup>76</sup> Turunen – Hiilamo 2014 ja Blomgren – Maunula – Hiilamo 2014.

<sup>77</sup> Meltzer ym. 2013.

<sup>78</sup> *Ibid.*

<sup>79</sup> PeVL 42/2006 vp, s. 4.

voidaan kuitenkin käyttää induktiivista päättelyä, ja sen erästä muotoa, profilointia, joita käsittelen seuraavassa alaluvussa.

## 2.4 Luottokelpoisuuden arviointi induktiivisen päättelyn ja profiloinnin avulla

Induktiivisen päättelyn avulla voidaan tuottaa tietoa tuntemattomasta, siis esimerkiksi tulevaisuudesta, havaintojen kautta.<sup>80</sup> Esimerkiksi sen perusteella, että aurinko on tähän mennessä noussut joka päivä, voidaan olettaa, että aurinko tulee nousemaan myös huomenna. Varmuutta tästä ei kuitenkaan ole.<sup>81</sup> Induktiivisen päättelyn avulla tuotettu tieto on siis luonteeltaan probabilistista.<sup>82</sup>

Profilointi on induktiivinen tiedon tuottamisen tapa<sup>83</sup>, jossa jo tiedossa olevista piirteistä tai yhteyksistä johdetaan informaatiota ihmisen käyttäytymisestä.<sup>84</sup> Profiloinnin keskeisenä päämääränä on usein yksilöitä koskevien, tulevaisuuteen suuntautuvien, riskiarvioiden tekeminen.<sup>85</sup> Nabeth kuvaa asian seuraavasti:

*”Indeed, the underlying assumption is that the function of profiling is to help to reveal some hidden ”order of things” and therefore to provide an oracle that will predict how people will behave in the future. Indeed, if they have behaved in a certain way in the past, they will most probably behave in the very same way in the future.”*<sup>86</sup>

Esimerkiksi sen perusteella, että hakija itse, tai häntä jollakin tavalla muistuttava toinen hakija, on aina ennenkin maksanut luottonsa takaisin, voidaan olettaa, että hakija tulee maksamaan luottonsa takaisin tälläkin kertaa. Myös tietosuoja-asetuksen soveltamista koskevan ohjeen mukaan profilointia käytetään usein ihmisiä koskevien ennusteiden tekemiseen johtamalla yksittäistä ihmistä koskevia päätelmiä tilastollisesti samanlaisilta vaikuttavien henkilöiden ominaisuuksien perusteella.<sup>87</sup> Koska profilointi on induktiivista päättelyä, on profiloinnin avulla johdettu tieto kuitenkin luonteeltaan probabilistista.<sup>88</sup> Profiilien avulla voidaan siis

<sup>80</sup> Slomanin ja Lagnadon mukaan induktiivisen päättelyn keskiössä on mahdollisuus siirtyä induktiivisen päättelyn avulla olemassa olevan tiedon kahleista päätelmiin tuntemattomasta. (Sloman – Lagnado 2005, s. 95.)

<sup>81</sup> Sloman – Lagnado 2005, s. 95.

<sup>82</sup> Carnap 1962, s. v.

<sup>83</sup> Hildebrandt 2008, s. 18.

<sup>84</sup> Merriam-Webster -sanakirja esimerkiksi määrittelee kuluttajien profiloinnin seuraavasti: ”the act or process of extrapolating information about a person based on known traits or tendencies”. (Merriam-Webster.com, 2020.)

<sup>85</sup> Hildebrandt 2008, s. 29.

<sup>86</sup> Nabeth 2008, s. 31.

<sup>87</sup> 29 artiklan mukainen tietosuojaryhmä 2017, s. 7.

<sup>88</sup> Tarkalleen ottaen profiilit voivat periaatteessa olla myös deterministisiä. Käsittelemässäni yhteydessä profiilit ovat kuitenkin probabilistisia. Ks. lisää Hildebrandt 2008, s. 21.



kuvata menneisyydessä toteutuneisiin korrelaatioihin perustuen todennäköisyyttä, että sama korrelaatio toteutuu tulevaisuudessa. Ne eivät kuitenkaan tarjoa varmaa tietoa tulevaisuudesta.<sup>89</sup>

Profilointi on laajasti ymmärrettynä ollut keskeinen osa monen ammatinharjoittajan arkea jo kauan ennen tietokoneiden keksimistä.<sup>90</sup> Myös luotonantajien voidaan olettaa harjoittaneen profilointia jossain muodossaan niin kauan kun luotonantotoimintaa on harjoitettu.<sup>91</sup> Luottoriskin arviointi on alun perin perustunut todennäköisesti luoton myöntäjän kokemuksen myötä kerryttämiin nyrkkisääntöihin siitä, minkälaiset ihmiset, ja missä tilanteissa, tyypillisesti maksavat luottonsa (ajallaan) takaisin.<sup>92</sup> Nykyisin arvio toteutetaan kuitenkin tyypillisimmin jonkin strukturoidumman, tilastotietoon perustuvan, luottoriskin arviointimenetelmän, kuten credit scoringin, avulla. Credit scoringilla viitataan luotonhakijan takaisinmaksutodennäköisyyttä kuvaavien, (yleensä) tilastolliseen tietoon perustuvien, mallien rakentamiseen usein ns. pistekortteja (scorecard) hyödyntämällä.<sup>93</sup>

Credit scoring ei ole menetelmänä uusi. Thomasin mukaan ensimmäiset credit scoring -mallit syntyivät Yhdysvalloissa 1900-luvun puolivälissä paikkaamaan sotaan lähetettyjen kokeneiden luotonantovirkailijoiden jättämää tietoaukkoa.<sup>94</sup> Sotaan värvättyjä virkailijoita pyydettiin kirjaamaan ylös heidän luottoriskin arvioinnissa käyttämänsä nyrkkisäännöt, joita heidän tilalleen palkatut uudet, vielä kokemattomat, virkailijat pystyivät hyödyntämään luottopäätöksiä tehdessään.<sup>95</sup> Toiminnassa voidaan ymmärtää olleen kyse algoritmisesta päätöksentekoa ainakin läheisesti muistuttavasta ihmisen toiminnasta. Pian kuitenkin keksittiin, että päätössääntöjä voitaisiin alkaa tuottaa virkailijoiden henkilökohtaisen kokemuksen sijasta tilastotietoihin perustuen.<sup>96</sup> Lisäksi myöhempi luottokorttimarkkinoiden voimakas kasvu edellytti luottopäätösten automatisointia.<sup>97</sup> Näin syntyneiden automaattisten scoring-mallien huomattiin olevan huomattavasti ihmisen nyrkkisääntöihin perustuvia päätöksiä tarkempia ja tuottavan muitakin hyötyjä verrattuna virkailijoiden käyttöön päätöksentekijöinä.<sup>98</sup>

---

<sup>89</sup> Hildebrandt 2008, s. 22.

<sup>90</sup> *Ibid.*, s. 23–24.

<sup>91</sup> Ks. esim. Brown 2004.

<sup>92</sup> Ks. historiasta esim. Thomas 2000, s. 151.

<sup>93</sup> Ks. lisää Kamp – Körffer – Meints 2008, s. 205–206. Ks. määritelmän osalta myös Andreeva – Matuszyk 2019, s. 1287.

<sup>94</sup> Thomas 2000, s. 151.

<sup>95</sup> *Ibid.*

<sup>96</sup> *Ibid.*

<sup>97</sup> *Ibid.*

<sup>98</sup> *Ibid.*

Credit scoring -menetelmiä, ja muita luottokelpoisuuden tilastollisia arviointimenetelmiä, käytetään edelleen luotonantotoiminnassa myös Suomessa. Tämä on ollut myös lainsäätäjän tiedossa jo vuosien ajan.<sup>99</sup> Kampin, Körfferin ja Meintsin mukaan credit scoringissa käytetyt parametrit voidaan jakaa kolmen osaan: sopimukseen liittyvät parametrit, taloudelliset kriteerit ja demografiset ominaisuudet.<sup>100</sup> Tyypillisesti käytettyjä sopimukseen liittyviä parametreja ovat esimerkiksi luottokorttien ja lainojen määrä ja aiempien luotontarjoajan ja luotonhakijan välisten sopimussuhteiden pituus.<sup>101</sup> Tyypillisiä taloudellisia kriteerejä taas ovat esimerkiksi hakijan omaisuus sekä tulot ja menot.<sup>102</sup> Demografisista ominaisuuksista usein käytettyjä taas ovat sukupuolen ohella esimerkiksi osoite, ikä, lasten määrä, asuinalue, koulutus, ammatti, työnantajan nimi, kansallisuus ja uskonto.<sup>103</sup> Huomattavaa on, että sukupuolen ohella useat muutkin credit scoringissa tyypillisesti käytetyt muuttujat ovat kiellettyjä syrjintäperusteita, jolloin syrjintälainsäädäntö vaikuttaa siihen, miten niitä on mahdollista malleissa hyödyntää.

Luotonantajilla ei muutoinkaan ole täysin vapaat kädet päättää, mihin tietoihin ne päätöksensä perustavat. Ensinnäkin voidaan todeta oikeusvaltion keskeisten periaatteiden edellyttävän arvioinnin suorittamista oikeiden ja kussakin tilanteessa olennaisten tietojen perusteella.<sup>104</sup> Keskeiseksi kysymykseksi nousee tällöin se, miten määritetään, minkälaiset tiedot ovat kussakin tilanteessa olennaisia. Lähtökohtaisesti olennaiseksi voitaisiin arvioida sellaiset muuttujat, joiden on riittävän varmalla todennäköisyydellä osoitettu ennakoivan luoton takaisin maksua. Lisäksi muun muassa kuluttajansuojalaki asettaa joitakin vaatimuksia sille, mihin tietoihin arviointi tulee ainakin perustaa.<sup>105</sup>

Kuluttajansuojalain 14 §:n mukaan kuluttajan luottokelpoisuuden arviointi on tehtävä kuluttajan tuloja ja muita taloudellisia olosuhteita koskevien riittävien tietojen perusteella. Hallituksen esityksen mukaan tarpeellisia tietoja ovat kuluttajan tulojen määrän ja perusteen lisäksi tämän menot, velat ja varat sekä mahdolliset takausvastuut.<sup>106</sup> Voidaan siis todeta, että luotonantajan olisi luotonhakijan luottokelpoisuutta arvioidessaan selvitettävä ainakin kuluttajan tulot ja mahdollisesti myös muita tietoja taloudellisesta tilanteesta. Tulojen selvittämistä voidaan pitää

<sup>99</sup> Ks. HE 78/2012 vp, s. 11.

<sup>100</sup> Kamp – Körffer – Meints 2008, s. 207.

<sup>101</sup> *Ibid.*

<sup>102</sup> *Ibid.*

<sup>103</sup> *Ibid.*

<sup>104</sup> HE 241/2006 vp, s. 4.

<sup>105</sup> Lisäksi asiaa sääntelee esimerkiksi luottotietolaki (527/2007).

<sup>106</sup> HE 78/2012 vp, s. 19.

yksilökohtaisena arviointimenetelmänä siten, että siinä kerätään sellaista tietoa, joka viestii jokseenkin spesifisti hakijan sen hetkisestä elämäntilanteesta.

Kuluttajansuojalain esitöissä todetaan kuitenkin, että luotonantaja voi arvioida kuluttajan luottokelpoisuutta myös muilla tavoilla, kuten tilastotietoihin pohjautuvilla menetelmillä.<sup>107</sup> Luottotietolakia koskevassa hallituksen esityksessä viitataan esimerkiksi tutkimustietoa ja kokemusperäistä tietoa yhdistäviin menetelmiin, jotka perustuvat ryhmäkohtaiseen arviointiin.<sup>108</sup> Tällaisiin luottoriskien arviointipalveluihin voidaan esityksen mukaan lukea kuuluviksi tilastollisiin menetelmiin perustuvat luotonhakijan luottoluokitus- ja pisteytysjärjestelmät (credit scoring) samoin kuin sellaiset palvelut, joissa palvelujen tarjoaja arvioi luotonhakijoiden luottokelpoisuutta omien rekisteriensä avulla.<sup>109</sup>

Näyttää siis siltä, että credit scoring ja profilointi itsessään eivät ole kiellettyjä niin kauan kuin niitä voidaan harjoittaa muuta lainsäädäntöä, kuten syrjintälainsäädäntöä ja tietosuojalainsäädäntöä noudattaen. Scoring-menetelmiä on kuitenkin jo vuosikymmenten ajan kritisoitu eettisistä ongelmista. Esimerkiksi Capon kritisoi scoring-malleja 80-luvulla muun muassa niihin sisältyvien tilastollisten vinoumien (bias)<sup>110</sup> vuoksi sekä laajemminkin arvostusta. Capon nimittäin piti yksittäisten hakijoiden arviointia credit scoring -menetelmien avulla yhteiskunnan perinteiden vastaisena.<sup>111</sup> Hänen mukaansa ongelmana oli erityisesti se, että malleissa voitiin käyttää muuttujia, joiden ei voitu katsoa sinänsä selittävän luottokäyttäytymistä, vaan pelkästään korreloivan sen kanssa.<sup>112</sup>

Samoja teemoja on nähtävissä asiaa koskevassa tieteellisessä keskustelussa edelleen.<sup>113</sup> Osa näistä kritiikeistä on valideja myös siinä tapauksessa, että myöhemmin esittämäni virhetyyppien todennäköisyyksiin perustuva syrjinnän määritelmä olisi toteutettavissa rajoituksetta. Tässä tutkielmassa en kuitenkaan keskity suoraan näihin ongelmiin, vaan pyrin tarjoamaan yhden näkökulman credit scoringiin liittyvän syrjintäproblematiikan ratkaisemiseksi hyödyntämällä tilasto- ja tietojenkäsittelytieteen parissa esitettyä, virhetyyppien tasaamiseen keskittyvää, syrjinnän määritelmää.

<sup>107</sup> HE 78/2012 vp, s. 19. Tosin on mainittava, että yksinomaan tällaisten tietojen käyttämistä ei esityksessä pidetä riittävänä.

<sup>108</sup> HE 241/2006 vp, s. 12.

<sup>109</sup> *Ibid.*, s. 12.

<sup>110</sup> Capon 1982, s. 87–89.

<sup>111</sup> *Ibid.*, s. 90.

<sup>112</sup> *Ibid.*

<sup>113</sup> Ks. esim. Gandy 2010, s. 31.

Kuvaan tätä määritelmää seuraavassa alaluvussa. Syrjintä tulee tältä osin ymmärtää laajempänä käsitteenä kuin syrjinnän oikeudellinen määritelmä. Myöhemmässä käsittelyluvussa taas pyrin löytämään yhteyksiä näiden määritelmien ja syrjinnän oikeudellisten konstruktioiden väliltä. Tutkimustuloksia tulkittaessa on kuitenkin hyvä huomioida, etteivät kaikki algoritmiseen päätöksentekoon ja sukupuolipisteytykseen liittyvät (syrjivyyttäkään koskevat) eettiset kysymykset tule katetuksi tässä tutkielmassa.

## 2.5 Syrjintä algoritmeissa

Lepri ja kumppanit ovat jaotelleet tapoja, joilla algoritmista syrjintää voidaan pyrkiä ehkäisemään.<sup>114</sup> Heidän mukaansa yksinkertaisin tapa, joka on esitetty syrjimättömyyden minimoimiseksi olisi olla käyttämättä sensitiivisiä attribuutteja, kuten sukupuolta, päätöksentekoprosessissa.<sup>115</sup> Siis esimerkiksi olematta pisteyttämättä hakijoita sukupuolen perusteella. Ajatuksenä on, että tällöin sukupuoli ei suoraan vaikuttaisi algoritmin tekemisiin päätöksiin, eikä se siten voisi olla sukupuolen perusteella syrjivä. Tällaisen ratkaisun ongelmana on kuitenkin se, että sukupuoleen suoraan perustuvan pisteytyksen kieltäminen ei välttämättä riitä poistamaan sukupuolen vaikutusta algoritmin tekemistä päätöksistä. Tämä johtuu siitä, että sukupuolen vaikutus voi välittyä algoritmiin korrelaatioiden kautta muiden muuttujien perusteella annettujen pisteiden välityksellä.<sup>116</sup>

Toinen ongelma on se, että sukupuolipisteytyksen poistaminen saattaa johtaa ennusteiden tarkkuuden heikkenemiseen. On tosin esitetty, että kokonaistarkkuuden heikkeneminen ei luotonannon kontekstissa ole kovin todennäköinen seuraus sukupuolipisteytyksen poistamisesta, sillä luotonantajat kyllä kykenevät pitämään kokonaisriskitason haluamallaan tasolla muita muuttujia käyttäen.<sup>117</sup> Vaikka päätösten kokonaistarkkuus ei heikkenisi, voi ongelmaksi kuitenkin muodostua se, että sukupuolipisteytyksen poistaminen johtaa virheellisten päätösten epätasaiseen jakautumiseen naisten ja miesten välillä. Siis siten, että algoritmi tekee suhteessa eri määrän virheellisiä päätöksiä toisen sukupuolen kohdalla. Eräässä tutkimuksessa todettiin esimerkiksi, että todennäköinen seuraus sukupuolipisteytyksen poistamisesta olisi se, että algoritmi ei enää tunnista luottokelpoisia naisia yhtä tehokkaasti kuin silloin jos sukupuoleen perustuva

<sup>114</sup> Lepri ym. 2018, s. 615–618.

<sup>115</sup> *Ibid*, s. 615–616.

<sup>116</sup> Ks. esim. Altman – Wood – Vayena 2018, s. 8.

<sup>117</sup> Andreeva – Matuszyk 2019, s. 1287.

pisteytys sallitaan.<sup>118</sup> Lisäksi ongelmana voisi olla esimerkiksi se, että algoritmi tunnistaisi luottokelvottomat miehet suhteessa harvemmin kuin luottokelvottomat naiset.

Keskittyminen (pelkästään) algoritmissa käytettyihin syötemuuttujiin ei siis välttämättä ole kovin tehokas tapa puuttua mahdollisiin algoritmin epätasa-arvoisuuksiin. Toinen mahdollinen tapa pyrkiä ehkäisemään syrjintää keskittyy Leprin ja kumppaneiden mukaan tilastollisen pariteetin käsitteeseen.<sup>119</sup> Siinä huomio keskittyy sen varmistamiseen, että jokaisen mahdollisen päätöksen (siis esimerkiksi luotonannon kontekstissa luottohakemuksen hylkääminen ja hyväksyminen) lopputuloksen todennäköisyys olisi kaikissa ryhmissä sama.

Lepri ja kumppanit kuitenkin toteavat juuri luotonantotoimintaa esimerkkinään käyttäen, että siinä tapauksessa, että nämä ryhmät (esimerkiksi naiset ja miehet) eroavat keskimääräisesti sen suhteen, kuinka todennäköisesti he maksavat luottonsa ajallaan takaisin, voisi algoritmien tekemien päätösten tarkkuus kärsiä tilastollisen pariteetin vaatimuksesta.<sup>120</sup> Tilastollisen pariteetin vaatimiseen liittyväksi ongelmaksi Lepri ja kumppanit mainitsevatkin sen, että se ei takaa sitä, että yhteen ryhmään kuuluvalla luottokelpoisella henkilöllä on yhtä suuri todennäköisyys saada luotto kuin toiseen ryhmään kuuluvalla yhtä luottokelpoisella henkilöllä.

Tämän ongelman ratkaisuksi Lepri ja kumppanit erittelevät muutamia eri vaihtoehtoja, joita kirjallisuudessa on ongelmaan tarjottu. Tutkielmassani olen keskittynyt erityisesti yhteen artikkeliin, joka Leprin ja kumppaneiden mukaan tiivistää aihealueesta käydyn keskustelun hyvin. Tämä artikkeli on Kleinbergin, Mullainathanin ja Raghavanin “*Inherent Trade-Offs in the Fair Determination of Risk Scores*”.<sup>121</sup> Siinä tutkijat tiivistävät kirjallisuudessa esitetyt näkökannat algoritmisen syrjimättömyyden takaamisesta kolmeen eri ehtoon.

Ensimmäinen ehdoista on se, että algoritmin pitäisi olla hyvin kalibroitu.<sup>122</sup> Tällä tutkijat tarkoittavat sitä, että, jos algoritmi perustuu laskelmiin siitä, että tietty ihmisryhmä (esimerkiksi naiset) omaa tietyn ominaisuuden (esimerkiksi luottokelpoisuus tietyn lainasumman osalta) tietyllä todennäköisyydellä  $z$ , niin silloin  $z$  osuuden tuohon joukkoon kuuluvista ihmisistä tulisi todellakin omata tuo ominaisuus.<sup>123</sup> Tutkijoiden mukaan ensimmäinen ehto edellyttää siis

---

<sup>118</sup> Andreeva – Matuszyk 2019.

<sup>119</sup> Lepri ym. 2018, s. 616.

<sup>120</sup> *Ibid.*

<sup>121</sup> Kleinberg – Mullainathan – Raghavan 2016.

<sup>122</sup> *Ibid.*, s. 2.

<sup>123</sup> *Ibid.*

käytännössä sitä, että *”the scores mean what they claim to mean, even when considered separately in each group”*.

Toinen vaatimus liittyy siihen, että se keskiarvoinen pisteytys, jonka tietyn ominaisuuden (siis esimerkiksi luottokelpoisuuden) omaava ihminen saa, olisi oltava sama kaikissa ryhmissä.<sup>124</sup> Tätä voidaan kutsua positiivisen luokan tasapainovaatimukseksi. Se edellyttäisi esimerkiksi, että luottokelpoisten naisten ja luottokelpoisten miesten saaman pistemäärän keskiarvon olisi oltava sama. Kolmas vaatimus (negatiivisen luokan tasapainovaatimus) taas liittyy siihen, että keskiarvoisen pisteytyksen tulisi olla sama kaikissa ryhmissä myös niiden ihmisten osalta, joilta tuo ominaisuus puuttuu.<sup>125</sup> Siis esimerkiksi niin, että luottokelvottomien naisten ja luottokelpoisten miesten saaman pistemäärän keskiarvon olisi oltava sama.

Kirjoittajien mukaan positiivisen ja negatiivisen luokan tasapainovaatimukset voidaan nähdä yleistyksinä siitä vaatimuksesta, että väärin positiivisten ja väärin negatiivisten klassifikaatioiden (siis tyyppin I ja II virheiden) suhteellisen määrän tulisi olla molemmissa ryhmissä sama.<sup>126</sup> Lisäksi he painottavat, että tasapainovaatimukset ovat eri asia kuin tilastollisen pariteetin vaatimusta ilmentävä vaatimus siitä, että keskiarvoisen pisteytyksen tulisi olla sama kaikissa ryhmissä kaikkien jäsenten osalta. Sen sijaan keskeistä on nimenomaan se, että keskiarvoisen pisteytyksen tulisi olla sama kaikissa ryhmissä erikseen luottokelpoisten ihmisten osalta ja erikseen luottokelvottomien osalta. Siinä tapauksessa, että luottokelpoisten ja luottokelvottomien suhteelliset osuudet ovat eriävät ryhmien välillä, edellyttää positiivisen ja negatiivisen tasapainon saavuttaminen poikkeamista tilastollisen pariteetin vaatimuksesta.

On tosin syytä huomata, että kirjoittajien mukaan on usein mahdotonta samanaikaisesti täyttää kaikkien kolmen ehdon mukaiset vaatimukset samanaikaisesti. Usein joudutaan siis tekemään valintoja sen suhteen, mikä ehdoista katsotaan tärkeimmäksi.<sup>127</sup> Lisäksi esimerkiksi Altman ja kumppanit ovat esittäneet, että ellei virhetyyppien todennäköisyyttä ole nimenomaisesti laskettu jokaiselle ryhmälle (esimerkiksi naisille ja miehille) erikseen, on niiden välillä todennäköisesti eroa.<sup>128</sup> Altmanin ja kumppaneiden mukaan algoritmin luojien onkin joka tapauksessa

---

<sup>124</sup> Kleinberg – Mullainathan – Raghavan 2016, s. 2.

<sup>125</sup> *Ibid.*

<sup>126</sup> *Ibid.*

<sup>127</sup> Ks. myös valinnan tekemisen yhteydestä poliittisiin ja taloudellisiin valintoihin Gandy 2010, s. 39.

<sup>128</sup> Altman – Wood – Vayena 2018, s. 16.

joko implisiittisesti tai eksplisiittisesti valittava, minkälaisien virheiden minimointi on tärkeintä, ja mitkä ryhmät olisi tärkeintä arvioida kaikista tarkimmin.<sup>129</sup>

Tutkielmassa keskityn tarkastelemaan algoritmien syrjivyyttä juuri Kleinbergin Mullainathanin ja Raghavanin kuvaamien kahden tasapainovaatimuksen, ja niiden kautta tyyppin I ja II virheiden jakaantumiseen keskittyvän, määritelmän, kautta. Seuraavassa kuvaan tarkemmin, mistä tyyppin I ja II virheissä on kyse.

## 2.6 Tyyppin I ja II virheet luotonantopäätöksissä

Luotonannossa voidaan ymmärtää olevan kyse binäärisestä klassifikaatiotehtävästä: tietyn suuruisen luotto joko myönnetään tai ei myönnetä tietyllä hinnalla.<sup>130</sup> Pelkistäen voidaan myös luottokelpoisuuden arvioinnissa todeta olevan kyse binaarisesta klassifikaatiotehtävästä: hakija luokitellaan tietyn luottosumman osalta joko luottokelpoiseksi tai luottokelvottomaksi.<sup>131</sup> Kun hakijat näin luokitellaan kahteen luokkaan (luottokelpoinen/ei luottokelpoinen), voi syntyä kahdenlaisia virheitä: tyyppin I ja tyyppin II virheitä.<sup>132</sup> Tyyppin I virheestä on kyse silloin, kun algoritmi päättyy pitämään tosiasiaa luottokelvotonta hakijaa luottokelpoisena (ja myöntää luoton luottokelvottomalle hakijalle). Tyyppin II virheestä taas on kyse silloin, kun algoritmi päättyy pitämään luottokelpoista hakijaa virheellisesti luottokelvottomana (ja jättää näin ollen luoton myöntämättä luottokelpoiselle hakijalle). Tyyppin I ja tyyppin II virheet voidaan esittää myös taulukkona (taulukko 1).

<sup>129</sup> Altman – Wood – Vayena 2018, s. 17.

<sup>130</sup> Žliobaitė 2015, s. 6.

<sup>131</sup> Kleinberg, Mullainathan ja Raghavan taas tosin huomauttavat, että algoritmin tuottama vastaus ei tosiasiaa useinkaan ole kyllä-ei -tyyppinen, vaan pelkästään todennäköisyysarvio siitä, millä todennäköisyydellä jollakin ihmisellä tuo ominaisuus (esim. luottokelpoisuus) on. (Kleinberg – Mullainathan – Raghavan 2016, s. 2016, s. 2.) Tässä kuitenkin yksinkertaisuuden vuoksi oletan, että luottokelpoisuutta koskevan algoritmin tekemän todennäköisyysarvion ylittäessä tietyn raja-arvon, seuraa automaattisesti luoton myöntäminen, jolloin luottokelpoisuuden arviointia on perusteltua käsitellä binäärisenä klassifikaatiotehtävänä.

<sup>132</sup> Ks. tyyppin I ja II virheistä luotonannon kontekstissa esimerkiksi Khandani – Adlar – Lo 2010, s. 2781. Ks. myös Capon 1982, s. 83.

Taulukko 1. Ristiintaulukko hakijan todellisen luottokelpoisuuden ja siitä tehdyn arvion suhteen. Taulukon alla sensitiivisyys- ja spesifisyysmittareiden laskukaavat.

		Hakijan todellinen luottokelpoisuus	
		Hakija on luottokelpoinen	Hakija ei ole luottokelpoinen
Arvio hakijan luottokelpoisuudesta	Hakija on luottokelpoinen	Oikean osunut positiivinen arvio (TP)	Virheellinen positiivinen arvio (FP) <b>Tyypin I virhe</b>
	Hakija ei ole luottokelpoinen	Virheellinen negatiivinen arvio (FN) <b>Tyypin II virhe</b>	Oikeaan osunut negatiivinen arvio (TN)

sensitiivisyys:  
 $TP/(TP+FN)$

spesifisyys:  
 $TN/(FP+TN)$

Binäärisen klassifikaatiotehtävän onnistumista, ja tyypin I ja II virheiden esiintyvyyttä, voidaan mitata sensitiivisyys- ja spesifisyysmittareiden avulla.<sup>133</sup> Sensitiivisyysmittari vastaa kysymykseen siitä, että kun hakija on todella luottokelpoinen, kuinka usein arviointimenetelmä arvioi hänet luottokelpoiseksi. Sensitiivisyyttä kuvaava arvo saadaan jakamalla oikeaan osuneiden positiivisten arvioiden lukumäärä oikeaan osuneiden positiivisten ja väärään osuneiden negatiivisten arvioiden yhteismäärällä.<sup>134</sup> Korkea sensitiivisyys viittaa matalaan tyypin II virheiden suhteelliseen määrään.<sup>135</sup>

Korkea sensitiivisyys ei kuitenkaan yksin riitä kertomaan arvioinnin onnistumisesta, sillä korkea sensitiivisyys voidaan saavuttaa yksinkertaisesti siten, että klassifioidaan *kaikki* kohteet positiivisiksi.<sup>136</sup> Algoritmissen luotonannon kontekstissa tämä tarkoittaisi sitä, että algoritmi

<sup>133</sup> Sharma – Yadav – Sharma 2009, s. 53.

<sup>134</sup> Menetelmän antamaa arviota voidaan kutsua positiiviseksi, kun se arvioi henkilön luottokelpoiseksi (riippumatta siitä, onko hän todella luottokelpoinen) ja negatiiviseksi, kun se arvioi hakijan luottokelvottomaksi (riippumatta siitä, onko hän todella luottokelvoton).

<sup>135</sup> Sharma – Yadav – Sharma 2009, s. 58.

<sup>136</sup> Loong 2003, s. 717.



ohjelmoitaisiin luokittelemaan kaikki hakijat luottokelpoisiksi. Tällainen algoritmi olisi helppo rakentaa, ja sen sensitiivisyys olisi korkea, mutta se olisi hyödytön tarkoitukseensa (luottokelvottomien hakijoiden erottelu luottokelpoisista) nähden.

Klassifikaation onnistumisen arvioinnissa on tästä syystä otettava huomioon myös spesifisyys, joka kertoo kuinka tehokkaasti binäärinen klassifikaatiotesti identifioi oikein negatiiviset tapaukset.<sup>137</sup> Testillä, jolla on korkea spesifisyys, on matala tyypin I virheiden aste.<sup>138</sup> Spesifisyys saadaan jakamalla oikeaan osuneiden negatiivisten arvioiden määrä virheellisten positiivisten arvioiden ja oikeaan osuneiden negatiivisten arvioiden summalla. Sensitiivisyyden ja spesifisyyden käsitteet ovat saaneet keskeisen aseman muun muassa lääketieteessä, sillä diagnosoitaessa tiettyä sairautta, on tärkeää tietää, kuinka suurella todennäköisyydellä testi tunnistaa tiettyä sairautta sairastavan potilaan. Lisäksi on tärkeää saada tietää, kuinka suurella todennäköisyydellä testi tunnistaa ihmisen, joka ei tuota sairautta kanna.

Sensitiivisyyden ja spesifisyyden käsitteet ovat hyödyllisiä myös luottokelpoisuuden arviointijärjestelmän toimivuutta arvioitaessa. Sen lisäksi, että tiedetään yleisesti, millä todennäköisyydellä algoritmi tekee virheen kummankin sukupuolen osalta, on nimittäin nähdäkseni tärkeää tietää tarkemmin, millä todennäköisyydellä algoritmi tekee juuri tyypin I tai tyypin II virheen kunkin sukupuolen osalta. Nimittäin, vaikka algoritmi tekisi naisten ja miesten kohdalla yleisesti virheen samalla todennäköisyydellä, mutta naisten kohdalla esimerkiksi tyypin II virheen useammin kuin miesten kohdalla, ja miesten kohdalla tyypin I virheen useammin kuin naisten kohdalla, olisi algoritmin tekemistä virheistä aiheutuvat seuraukset sukupuolittuneita. Tyypin I ja tyypin II virheistä aiheutuvat mahdolliset reaalimaailman seuraukset nimittäin ovat aiemmassa luvussa kuvaamallani tavalla erilaisia.

Lopuksi voidaan vielä huomauttaa, että sensitiivisyyden ja spesifisyyden käsitteet, ja siis tyypin I ja tyypin II virhetyyppien todennäköisyydet, eivät kerro sitä, millä todennäköisyydellä yksittäinen, joko positiivisen tai negatiivisen arvion saanut, ihminen on saanut oikean arvion.<sup>139</sup> Sairauksia diagnosoitaessa asia on tietysti merkittävä, sillä positiivisen (tai negatiivisen) tuloksen saaneen potilaan on tärkeää tietää, millä todennäköisyydellä hän todella tautia kantaa (tai ei kanna). Se, mitä merkitystä tällä seikalla olisi luottokelpoisuuden arvioinnin

<sup>137</sup> Sharma – Yadav – Sharma 2009, s. 58.

<sup>138</sup> *Ibid*, s. 55.

<sup>139</sup> Ks. tämän osalta ks. positiivisesta ja negatiivisesta ennustearvosta (positive predictive value ja negative predictive value) Loong 2003, s. 717–719. Ks. myös esiintyvyysharhasta (base rate fallacy tai prosecutors fallacy) Bar-Hillel, 1980.

oikeudenmukaisuuden suhteen taas on avoin kysymys. Tutkielmassa en siis arvioi, mitä merkitystä syrjivyyssarvion kannalta olisi sillä, että virhetyyppien todennäköisyydet olisivat kylläkin samat sukupuolten välillä, mutta todennäköisyys, että esimerkiksi hylkäävän luottopäätöksen saanut yksittäinen nainen todella on luottokelvoton, olisi eri kuin todennäköisyys, että hylkäävän luottopäätöksen saanut mies todella on luottokelvoton. Tämäkin on kuitenkin seikka, joka algoritmien syrjimättömyyskeskustelussa on nostettu esiin.<sup>140</sup>

## **2.7 Sukupuolten välisistä eroista ja sukupuolen merkityksestä luottokelpoisuuden arvioinnissa**

Tutkielmassa eräänlaisena lähtöoletuksena on se, että sukupuoli ennustaa luotontakaisinmaksutodennäköisyyttä, tai ainakin, että sukupuolipisteytyksen eliminoimisella olisi sukupuolittuneita vaikutuksia tyyppin I ja II virheiden esiintyvyyteen. Tässä perustelen olettamia lyhyesti.

Aluksi voidaan todeta yleisesti, että sitä, että luotonantajat näyttäivät säännönmukaisesti käyttävän sukupuolta tilastollisissa malleissaan, voidaan pitää jonkinlaisena indisiiona siitä, että ero olisi todellinen. Naisten ja miesten välillä näyttäisi myös erilaisten tutkimusten ja selvitysten perusteella olevan eroa sen suhteen, kuinka todennäköisesti he ajautuvat maksuvaikeuksiin. Miehillä on eri tutkimuksissa ja selvityksissä melko säännönmukaisesti havaittu enemmän maksuhäiriöitä kuin naisilla. Esimerkiksi vuonna 2016 toteutetussa velkomustuomioiden analyysissä havaittiin velallisten olevan useammin miehiä (53,9 %) kuin naisia (46,1 %).<sup>141</sup> Vuonna 2008 julkaistussa oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimuksessa taas havaittiin, että pikaluottojen vuoksi vakaviin maksuvaikeuksiin joutunut henkilö oli tyyppillisesti 20–24 -vuotias mies.<sup>142</sup> Myös vuonna 2007 pikaluottojen velkomustuomioista suurempi osa (60 %) kohdistui miehiin kuin naisiin (40 %).<sup>143</sup> Toisaalta vuonna 2005 vastaavat luvut olivat olleet toisin päin siten, että suurempi osa velkomustuomioista kohdistui naisiin kuin miehiin.<sup>144</sup>

Miehet ovat siis erilaisten selvitysten perusteella melko säännönmukaisesti ylliedustettuina velkaantumista koskevassa aineistossa. Yhteyttä voi kuitenkin selittää miesten yleisesti heikommalla luottokelpoisuudella sijasta esimerkiksi se, että miehet saattavat käyttää ylipäänsä luotto- palveluita naisia enemmän. Esimerkiksi edellä viitatussa vuoden 2008 tutkimuksessa tutkijat

<sup>140</sup> Altman – Wood – Vayena 2018, s. 16.

<sup>141</sup> Majamaa – Rantala – Sarasoja 2016, s. 1

<sup>142</sup> Valkama – Muttilainen 2008, s. 49.

<sup>143</sup> *Ibid*, s. 38.

<sup>144</sup> *Ibid*, s. 38.

päätelivät, että miesten yliedustus johtuisi siitä, että miehet olivat ahkerampia luotonottajia, huonompia takaisinmaksajia tai molempia. Nähdäkseni miesten yliedustus esimerkiksi velkomustuomioissa toimii kuitenkin myös edellä mainitut seikat huomioon ottaen ainakin jonkinlaisena viitteenä siitä, että sukupuoli olisi yhteydessä luottokelpoisuuteen ainakin niiden ihmisten osalta, jotka ylipäättään päätyvät hakemaan luottoa.

Lisäksi oletusta sukupuolieroista luoton takaisinmaksutodennäköisyyden suhteen tukee yleisesti tieto siitä, että tutkimuksen perusteella naisten ja miesten välillä on ylipäättään eroja hyvin monenlaisissa erilaisissa ominaisuuksissa. Suurimmassa osassa piirteitä erot keskiarvoissa näyttävät olevan populaatiotasolla pieniä tai jopa triviaaleja.<sup>145</sup> Poikkeuksellisesti erot ovat joidenkin piirteiden osalta kuitenkin jopa melko suuria.<sup>146</sup> Eroja selittävät tekijät ovat kuitenkin varsin vaikeasti yksilöitävissä ja selittyvät todennäköisesti varsin monimutkaisten syy-seuraussuhteiden vaikutuksesta. Erot saattavat liittyä esimerkiksi *keskimääräisiin* sukupuolten välisiin eroihin aivojen massassa ja hormonitoiminnassa.<sup>147</sup> Erot kasvuympäristössä (siis esimerkiksi yhteiskunnan rakenteissa) taas vaikuttanevat aivojen plastisuuden kautta siihen, miten eroavaisuudet kehittyvät ja ilmenevät käyttäytymisen tasolla.<sup>148</sup> Aivojen plastisuudesta johtuukin se, ettei sukupuolten välillä havaittujen keskimääräisten neurobiologistenkaan erojen voida vielä tulkita tarkoittavan sitä, että sukupuolten välillä esiintyvät psykologiset erot olisivat deterministisiä.<sup>149</sup>

Voidaan siis päätellä, että sukupuolten välillä havaitut keskimääräiset erot saattaisivat johtaa eroihin myös luoton takaisinmaksutodennäköisyydessä. Monimutkaisista syy-seuraussuhteista

---

<sup>145</sup> Hyde 2014, s. 392.

<sup>146</sup> *Ibid.*

<sup>147</sup> Maney 2016, s. 3.

<sup>148</sup> *Ibid.*

<sup>149</sup> *Ibid.* Ks. myös seuraava lainaus liittyen hankaluuteen vetää kausaalisia johtopäätöksiä keskiarvoisten neurobiologisten sukupuolten välisten erojen ja käyttäytymisen välillä: ”The above assertions are based on the following logic: (i) a structure (or hormone) we’ll call ‘X’ differs between men and women; (ii) X is related to a behaviour we’ll call ‘Y’; (iii) men and women differ in Y; therefore, the sex difference in X causes the sex difference in Y. This argument is invalid because it invokes the false cause fallacy—a sex difference in Y cannot be deduced to depend on X. In addition to being invalid, the argument is also often unsound in that rarely are all three premises supported. Evidence that structure X plays a role in behaviour Y, for example, is usually scarce. Even in animal models, in which lesions and other manipulations can be performed, the behavioural functions of sexually differentiated brain regions are, for the most part, unclear. Evidence of a sex difference in behaviour Y is also sometimes lacking, and instead a stereotype is offered. Consider the following popular inference: (i) the hemispheres of the brain are more heavily interconnected in women than in men; (ii) greater hemispheric interconnectedness allows better multitasking; (iii) women are better multitaskers than men, therefore the anatomical difference explains the difference in ability. First, the evidence that variation in interhemispheric connections actually contributes to variation in human abilities is practically non-existent. Second, studies of multitasking have shown no female advantage. The argument pervades popular culture nonetheless, probably because it appears to confirm stereotypes.” (Maney 2016, s. 3)

taas voi seurata se, että sukupuolen mahdollista ennustevoimaa luoton takaisinmaksun suhteen voi olla vaikea kokonaan selittää muiden luotonantajilla käytettävissä olevien muuttujien avulla. Lisäksi on ylipäättään vaikea selvittää luotettavasti, mistä erot johtuvat. Toisaalta voidaan viitata myös siihen, että vaikka sukupuolten välillä olisikin keskimääräistä eroa luoton takaisinmaksun suhteen, ei ero välttämättä lainkaan linkity psykologisiin eroihin, vaan voi selittyä tällaisista riippumattakin esimerkiksi yhteiskunnan rakenteellisista tekijöistä. Ei kuitenkaan ole poissuljettua, etteivätkö myös psykologiset erot voisi selittää mahdollista eroa.

Eräs keskimääräinen psykologinen ero, joka luoton takaisinmaksutodennäköisyyttä saattaisi selittää on tutkimuksissa havaittu keskimääräinen sukupuolten välinen ero riskiin suhtautumisessa. Esimerkiksi eräässä viiteentoista aikaisempaan tutkimukseen havaintonsa perustaneessa tutkimuksessa raportoitiin havaitun 'hyvin vahvaa' näyttöä sukupuolten välisestä erosta taloudelliseen riskiin suhtautumisessa.<sup>150</sup> On mahdollista, että keskimääräinen sukupuolten välinen ero riskiin suhtautumisessa selittäisi myös eroa keskimääräisessä luontotakaisinmaksutodennäköisyydessä (olettaen, että ero on olemassa).

Esimerkiksi Nelson on kuitenkin kyseenalaistanut sen, voidaanko mainitussa tutkimuksessa esitettyä näyttöä todellakin pitää 'vahvana'. Tämän osalta Nelson viittaa muun muassa siihen, että tilastollisesti merkitsevä ero sukupuolten välillä ei välttämättä kerro mitään eron todellisesta merkityksellisyydestä.<sup>151</sup> Viitaten tutkimuksissa tehtyihin valintoihin käytetyn datan suhteen, Nelson viittaa myös mahdollisuuteen, että tutkimustuloksiin on saattanut vaikuttaa myös tutkijoiden oma vahvistusharha.<sup>152</sup>

Nelson kritisoi tutkimusta yleisemminkin metodologisista puutteista ja tuo toisaalta esiin, että vaikka sukupuolten välillä olisikin olemassa keskimääräisiä eroja, olisi niiden luonne kyettävä tutkimuksissa viestimään riittävän selkeästi.<sup>153</sup> Olennaista olisi hänen mukaansa tuoda esiin, että erot eivät ole kategorisia, jolloin niiden ennustevoima yksilön kohdalla voi olla minimaalinen, ja toisaalta, että sukupuolten riskinottokäyttäytymisessä on enemmän keskimääräistä samankaltaisuutta kuin erilaisuutta.<sup>154</sup>

---

<sup>150</sup> Charness – Gneezy 2012.

<sup>151</sup> Nelson 2016, s. 115.

<sup>152</sup> *Ibid*, s. 132 ja 137.

<sup>153</sup> *Ibid*, s. 130–132 ja 136–137.

<sup>154</sup> *Ibid*, s. 130–132

Nelson esittääkin, että liiaksi yleistävät väitteet, kuten ”naiset suhtautuvat riskiin miehiä aver-siivisemmin”, ovat omiaan lisäämään stereotyyppistä ajattelua. Tämän osalta Nelson viittaa myös Prenticen ja Millerin tutkimukseen, jonka tulokset viittaavat siihen, että (essentialistinen) stereotyyppinen ajattelu on ihmisille erityisen tyypillistä juuri sukupuolierojen kohdalla.<sup>155</sup> Myöskään tutkijat eivät ole stereotyyppiselle ajattelulle immuuneja.<sup>156</sup> Toisessa artikkelissaan<sup>157</sup> Nelson lisäksi viittaa tutkimukseen<sup>158</sup>, jonka tulokset viittaavat siihen, että, mitä enemmän ihminen kokee olevansa objektiivinen ja rationaalinen toimija, sitä todennäköisemmin hän toimii omien virheellisten stereotypioidensa mukaisesti.

Sukupuolieroja käsiteltäessä on siis syytä korostaa erojen olevan ’parhaimmillaankin’ keskiarvoisia, ja usein efektikooltaan hyvin pieniä. Toisaalta huomionarvioista on kuitenkin se, että sukupuolimuuttujan poistamisesta voi aiheutua ongelma, vaikka takaisinmaksutodennäköisyys olisikin täsmälleen sama sekä naisilla että miehillä. Voi nimittäin olla, että tietyn luottokelpoisuudesta kielivän muuttujan selitysvoima on erilainen naisten ja miesten välillä. Esimerkiksi Elliehausen ja Durkin ovat esittäneet aiheesta seuraavanlaisen esimerkin.<sup>159</sup> Esimerkissä lähtökohtana oletetaan, että luottokorttimarkkinoilla olisi täsmälleen yhtä suuri osuus naisia ja miehiä, joilla on erityisen korkea luottokelpoisuus. Lisäksi esimerkissä lähdetään siitä, että luotonantaja olisi havainnut työssäolovuosien olevan hyvä signaali luottokelpoisuudesta. Kuitenkin olisi niin, että luottokelpoisilla naisilla olisi keskimäärin vähemmän työvuosia takanaan kuin yhtä luottokelpoisilla miehillä.

Tämä tarkoittaisi sitä, että työssäolovuosien informaatioarvo luottokelpoisuuden suhteen olisi naisilla ja miehillä erilainen – siis naisten osalta pienempi määrä työssäolovuosia signaloisi samaa luottokelpoisuuden tasoa kuin miehillä korkeampi määrä. Tällöin naisten ja miesten luottokelpoisuuden arviointi olisi riippuvainen tuon signaloivan muuttujan (työssäolovuodet) osalta lisäksi sukupuolesta, vaikka itse ennustettava muuttuja (hakijan keskimääräinen luottokelpoisuus) olisi sukupuolten välillä identtinen. Tällöin, jos sukupuoli poistettaisiin

---

<sup>155</sup> Prentice – Miller 2006.

<sup>156</sup> Nelson viittaa tämän osalta toisessa artikkelissaan (Nelson 2014) mm. tutkimukseen (Moss-Racusin ym. 2012), jossa tutkijat havaitsivat STEM-alojen tiedekuntien arvioivan identtisiä työhakemuksia miesten eduksi tilastollisesti merkitsevästi ja myös substantiivisesti eri lailla riippuen siitä, oliko hakijan oletettu sukupuoli nainen vai mies.

<sup>157</sup> Nelson 2014.

<sup>158</sup> Uhlmann – Cohen 2007.

<sup>159</sup> Elliehausen – Durkin 1989, s. 99–100.

syötemuuttujavalikoimasta, saattaisi käydä niin, että luottokelpoisten naisten olisi vaikeampi saada luottoa kuin saman luottokelpoisuuden tason omaavien miesten.

Edellä esitettyyn perustuen, on tutkielman taustaoletuksena oletus siitä, että luotonannossa esiintyviä tyyppin I ja II virheitä olisi vaikeampi (tai mahdotonta) tasapainottaa ilman sukupuolimuuttujan käyttöä. Tutkimustuloksia tulkittaessa on kuitenkin pidettävä mielessä, ettei oletama voi olla myös virheellinen.

## **2.8 Ensimmäistä tutkimuskysymystä koskevat johtopäätökset**

Aloin tehdä tutkielmaani sillä lähtöolettamalla, että sukupuolipisteytyksen kieltäminen on epätehokas tapa määritellä syrjivyyden algoritmisen päätöksenteon kontekstissa. Tutkimuksenteon edetessä tämä lähtöolettama täydentyi siten, että sukupuolipisteytyksen kieltäminen saattaisi olla jopa haitallinen sukupuolten välisen tasa-arvon toteutumisen kannalta. Tästä syystä tutkimuksen toteuttamiseksi oli löydettävä vaihtoehtoinen tapa määritellä algoritmien syrjivyyden. Ensimmäinen tutkimuskysymykseni keskittyi siihen, mikä olisi algoritmin syötemuuttujiin keskittymistä parempi tapa määritellä algoritmien syrjivyyden luotonannon kontekstissa. Kysymyksellä on tutkielman kannalta taustoittava funktio: se tarjoaa toisen tutkimuskysymykseen vastaamiselle tutkimuksellisen lähtökohdan.

Vastauksena ensimmäiseen tutkimuskysymykseeni esitän tässä luvussa viitattuun kirjallisuuden perustuen, että syötemuuttujavalikoimaan keskittymisen sijasta parempi tapa arvioida algoritmien syrjivyyttä olisi virhetyyppien sukupuolten väliseen jakautumiseen kohdistuva tarkastelu. Kuten johdannossa totesin, ei väite määritelmän paremmuudesta sinänsä ole absoluuttinen totuus. Sitä voidaan kuitenkin perustella sillä, että määritelmä ottaa huomioon sukupuolten välisen samankaltaisuuksien lisäksi sukupuolten välisen erilaisuuden. Luottokelpoisuuden riittävän tarkka arviointi on tärkeää hakijoiden hyvinvoinnin kannalta, ja virhetodennäköisyyksiin keskittyvä syrjinnän määritelmä on omiaan mahdollistamaan sen varmistamisen, että arviointi toteutetaan yhtä tarkasti sekä naisten että miesten kohdalla. Tämä taas on omiaan vähentämään vihreistä aiheutuvien haitallisten seurausten kasautumista jommallekummalle sukupuolelle.

Näkökulmaa voidaan perustella myös seuraavassa käsittelyluvussa ilmenevällä seikalla, joka koskee sitä, että sukupuolisyrtintälainsäädännön taustalla korostuu nimenomaan tosiasiallisen, eikä pelkästään muodollisen, tasa-arvon saavuttamista koskeva tavoite. (Pelkästään) sukupuolipisteytykseen perustuva syrjinnän määritelmän avulla taas ei tällaista tavoitetta helposti

saavuteta, sillä sukupuolipisteytyksen kieltäminen ei eliminoi sukupuolen vaikutusta algoritmin päätöksiin.

Toki myös sukupuolipisteytyksen kiellolle voidaan nähdä hyviä perusteita, joista yksi on esimerkiksi se, etteivät sukupuolistereotypisoiva ajattelu liikaa korostuisi yhteiskunnassa. Toinen on se, että erottelujen hyväksyminen saattaa ylläpitää ryhmien välisiä eroja yhteiskunnassa. Lisäksi riskinä on, että pisteytyksen taustalla olevat laskelmat ovat virheellisiä. Tutkielman näkökulmaksi olen kuitenkin valinnut sen, että siinä tapauksessa, että sukupuolipisteytyksen kieltäminen ja virhetodennäköisyyksien tasaaminen osoittautuisivat toisensa poissulkeviksi tilanteiksi, olisi virhetodennäköisyyksien tasaamista koskevaa tavoitetta pidettävä tärkeämpänä. Tarkastelenkin asiaa erityisesti siltä kannalta, mitä mahdollisuuksia syrjintälainsäädäntö tarjoaa virhetyyppien jakautumiseen keskittyvän määritelmän huomioon ottamisen siinä tapauksessa, että sen toteutuminen on ristiriidassa sukupuolipisteytykseen keskittyvän määritelmän kanssa.

Seuraavassa käsittelyluvussa keskityn syrjinnän oikeudellisten määritelmien selvittämiseen. Kuvaan ensin syrjintäkiellon oikeuslähteitä kansainvälisellä ja kansallisella tasolla. Erityisesti keskityn Euroopan ihmisoikeussopimukseen<sup>160</sup> (EIOS, SopS 18–19/1990), EU:n primaarilainsäädäntöön ja palvelujen tarjonnassa esiintyvää syrjintää koskevaan direktiiviin<sup>161</sup> sekä Suomen perustuslakiin ja lakiin miesten ja naisten välisestä tasa-arvosta (tasa-arvolaki, TL, 609/1986). Tutkin myös, miten säännöksiä on tulkittu oikeuskäytännössä ja oikeuskirjallisuudessa. Tähän selvitykseeni perustuen tutkin myös, miten edellä esittämäni algoritmisen syrjinnän määritelmät olisivat operationalisoitavissa syrjinnän oikeudellisten määritelmien avulla.

---

<sup>160</sup> Yleissopimus ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi (Euroopan ihmisoikeussopimus, SopS 18–19/1990).

<sup>161</sup> Neuvoston direktiivi 2004/113/EY annettu 1 päivänä joulukuuta 2004 miesten ja naisten yhdenvertaisen kohtelun periaatteen täytäntöönpanosta tavaroiden palvelujen saatavuuden ja tarjonnan alalla (EUVL, N:o L 373, 21.12.2004, s. 37–43).

### 3 KESKEISET SYRJINTÄKIELLON OIKEUSLÄHTEET

#### 3.1 Euroopan ihmisoikeussopimus

Euroopan ihmisoikeussopimus on inkorporoitu Suomeen blankettilailla.<sup>162</sup> Sopimus ja sitä koskevat lisäpöytäkirjat ovat siis niiden lainsäädäntöalaan kuuluvilta osin Suomessa voimassa eduskuntalain tasoisena säädöksenä.<sup>163</sup> Oikeuskirjallisuudessa on ”käytännön tilanteita silmällä pitäen” todettu, että sopimus on valtionsisäisesti samassa asemassa kuin lait yleensä.<sup>164</sup> Tämän puolestaan on todettu tarkoittavan sitä, että sopimusta voidaan, ja tulee, soveltaa käytännön viranomais- ja tuomioistuintoiminnassa lakina.<sup>165</sup> Mahdollisissa ristiriitatilanteissa viranomaisten ja tuomioistuinten on pyrittävä antamaan sopimuksen kanssa ristiriidassa olevilta vaikuttaville laeille tulkinnallisesti sellainen sisältö, joka on sopusoinnussa sopimuksen kanssa.<sup>166</sup>

EIOS:n I osan artiklan 14 mukaan sopimuksessa tunnustetuista oikeuksista ja vapauksista nauttiminen taataan ilman minkäänlaista sukupuoleen, rotuun, ihonväriin, kieleen, uskontoon, poliittisiin tai muihin mielipiteisiin, kansalliseen tai yhteiskunnalliseen alkuperään, kansalliseen vähemmistöön kuulumiseen, varallisuuteen, syntyperään tai muuhun asemaan perustuvaa syrjintää. Erilainen kohtelu ei kuitenkaan ole artiklan vastaista syrjintää siinä tapauksessa, että valtio kykenee esittämään erilaiselle kohtelulle objektiivisen ja kohtuullisen oikeutusperusteen.<sup>167</sup> Objektiivisesta ja kohtuullisesta oikeutusperusteesta taas ei voi olla kyse, ellei menettelyllä tavoitella legitiimiä päämäärää eikä tuo päämäärä ja keinot sen saavuttamiseksi ole kohtuullisessa suhteessa toisiinsa nähden.<sup>168</sup> Lisäksi edellytetään siis suhteellisuusperiaatteen noudattamista.<sup>169</sup>

On kuitenkin huomattava, että artiklassa ei ole kyse yleisestä, kaiken lainsäädännön kattavasta, tasa-arvosäännöksestä.<sup>170</sup> Sen sijaan artikla 14 edellyttää vain, että muualla sopimuksessa tai lisäpöytäkirjoissa tunnustettujen oikeuksien nauttiminen turvataan ilman syrjintää.<sup>171</sup> Yleinen

<sup>162</sup> Lisäksi toteutettiin joitakin muutoksia erityislakeihin. Ks. sopimuksen voimaansaattamisesta tarkemmin Pellonpää ym. 2018, s. 61–64.

<sup>163</sup> Pellonpää ym. 2018, s. 64.

<sup>164</sup> *Ibid.*

<sup>165</sup> *Ibid.*

<sup>166</sup> Pellonpää ym. 2018, s. 68 ja PeVL 2/1990 vp. s. 3.

<sup>167</sup> Pellonpää ym. 2018, s. 1004.

<sup>168</sup> Ks. esim. Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugali (2017), kohta 44.

<sup>169</sup> Pellonpää ym. 2018, s. 1007.

<sup>170</sup> *Ibid.*, s. 996.

<sup>171</sup> *Ibid.*



syrjintäkielto sisältyy kuitenkin sopimuksen kahdennenteentoista lisäpöytäkirjaan. Sen artiklan 1 kohdan 1 mukaan laissa tunnustetuista oikeuksista nauttiminen taataan ilman minkäänlaista sukupuoleen, rotuun, ihonväriin, kieleen, uskontoon, poliittisiin tai muihin mielipiteisiin, kansalliseen tai yhteiskunnalliseen alkuperään, kansalliseen vähemmistöön kuulumiseen, varallisuuteen, syntyperään tai muuhun asemaan perustuvaa syrjintää. Syrjinnän kieltä ei kuitenkaan estä valtioita ryhtymästä toimenpiteisiin täyden ja tehokkaan tasa-arvon edistämiseksi ja sen toteuttamiseksi (positiivinen syrjintä).

Pöytäkirjan ensisijaisena tavoitteena on antaa suojaa viranomaistaholta tapahtuvalle syrjinnälle. Sen suoranaisten tarkoituksena ei siis ole velvoittaa valtioita estämään syrjintää yksityishenkilöiden välisissä suhteissa.<sup>172</sup> Tätä perustellaan pöytäkirjan selitysmuistiossa sillä, ettei lisäpöytäkirja ole sopiva instrumentti tällaisen, laaja-alaisen, velvollisuuden elementtien määrittelyyn.<sup>173</sup> Toisaalta selitysmuistiossa kuitenkin todetaan, ettei suojaa antava vaikutus ole kokonaan poissuljettu yksityisten välisissä suhteissa.<sup>174</sup> Tällainen positiivinen velvollisuus yksityisten välisten suhteiden alalla voisi muistion mukaan kuitenkin enimmilläänkin koskea vain sellaisia julkiseen elämäntilaan liittyviä suhteita, joista säädellään lailla.<sup>175</sup> Tällaisiksi mainitaan esimerkiksi pääsy ravintoloihin tai yksityisten tarjoamiin palveluihin, kuten terveydenhoitoon tai esimerkiksi vesi- ja sähköpalveluihin.<sup>176</sup> Ei ole poissuljettua, etteikö neljännen pöytäkirjan mukainen syrjintäkielto voisi tulla sovellettavaksi luotonannossa. Kun syrjintäkiellosta kuitenkin Suomessa kattavasti säädellään sekä perustuslain että tavallisen lain tasolla, ei ainakaan sopimuksen suora soveltaminen todennäköisesti ole tarpeen. Se on silti joka tapauksessa mahdollista, ja tarpeen, ottaa huomioon esimerkiksi ihmisoikeusmyönteisen lain tulkinnan kautta.

Euroopan ihmisoikeussopimuksella voidaan muutoinkin nähdä olevan merkittävä asema syrjinnänvastaisessa oikeudessa. Anttilan mukaan sillä on erityinen merkitys Suomen perustuslain perusoikeuksien tulkinnassa sekä EU:n perusoikeuslottuvuudessa.<sup>177</sup> Sopimus Euroopan unionista (SEU)<sup>178</sup> sisältää myös ns. perustuslaillisen toimeksiannon<sup>179</sup> (art. 6.2), jossa todetaan, että unioni liittyy Euroopan ihmisoikeussopimukseen. Vaikka EU ei toistaiseksi liittynyt

<sup>172</sup> HE 121/2004 vp, s. 1.

<sup>173</sup> Euroopan neuvosto 2000, kohta 24.

<sup>174</sup> Euroopan neuvosto 2000, kohta 24 ja HE 121/2004 vp, s. 9.

<sup>175</sup> Euroopan neuvosto 2000, kohta 28.

<sup>176</sup> *Ibid.*

<sup>177</sup> Anttila 2013, s. 155.

<sup>178</sup> Euroopan unionista tehty sopimus (konsolidoitu toisinto) (EUVL, N:o C 202, 7.6.2016, s. 13).

<sup>179</sup> Pellonpää ym. 2018, s. 154.

sopimukseen, on sopimuksella ollut vaikutusta EU-oikeuden sisältöön ja kehitykseen.<sup>180</sup> Jo vuoden 1969 *Stauder* -tapauksessa Euroopan unionin tuomioistuin totesi, että ihmisille kuuluvat perusoikeudet kuuluvat yhteisön oikeuden yleisiin periaatteisiin.<sup>181</sup> Tapauksessa *Nold*, tuomioistuin taas totesi kyseisten oikeuksien suojaamisessa otettavan huomioon jäsenvaltioiden yhteisten valtiosääntöoikeudellisten perinteiden ohella sellaiset ihmisoikeuksien suojelemisesta tehdyt kansainväliset sopimukset, joiden tekemiseen jäsenvaltiot ovat osallistuneet tai joihin ne ovat liittyneet.<sup>182</sup> Nykyisin myös SEU:ssa todetaan, että Euroopan ihmisoikeussopimuksesta ja jäsenvaltioiden yhteisestä valtiosääntöperinteestä johtuvat perusoikeudet ovat yleisinä periaatteina osa unionin oikeutta (art. 6.3).<sup>183</sup> EU-oikeuden ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen välillä voidaankin katsoa vallitsevan ns. interlegaliteetin tilanne.<sup>184</sup> EU:n syrjinnän vastainen oikeus on hakenut johtoa Euroopan ihmisoikeussopimuksesta ja EIT:n tulkintakäytännöstä ja toisaalta EIT on hakenut syrjinnän kieltoa koskevissa tulkinnoissaan johtoa EU-oikeudesta.<sup>185</sup>

## 3.2 Euroopan unioni

### 3.2.1 Primaarinormisto

EU:ssa sukupuolten tasa-arvosta säännellään sekä primaarioikeuden että sekundaarioikeuden (mm. direktiivit ja asetukset) tasolla. EU:n primaarioikeuteen kuuluvat EU:n perussopimukset, eli SEU ja sopimus Euroopan unionin toiminnasta (SEUT)<sup>186</sup>, sekä perusoikeuskirja. Perussopimukset ovat kansainvälisen oikeuden alaan kuuluvia sopimuksia ja sinänsä niihin soveltuu kansainvälisiä sopimuksia koskevat yleiset säännöt, kuten esimerkiksi Wienin yleissopimukseen<sup>187</sup> kodifioidut säännökset.<sup>188</sup> Euroopan unionin tuomioistuin on kuitenkin oikeuskäytännöllään erottanut EU-oikeusjärjestyksen tavanomaisista kansainvälisistä sopimuksista

<sup>180</sup> Ks. esim. Pellonpää ym. 2018, s. 87–94.

<sup>181</sup> 29/69 *Erich Stauder v. Stadt Ulm - Sozialamt* EU:C:1969:57, kohta 7.

<sup>182</sup> 4/73 *J. Nold Kohlen- und Baustoffgroßhandlung v. Euroopan yhteisöjen komissio* EU:C:1974:51, kohta 13.

<sup>183</sup> Kohdan on oikeuskirjallisuudessa todettu merkitsevän lähinnä aikaisemmin vakiintuneiden periaatteiden toistamista ja kodifiointia. (Pellonpää ym. 2018, s. 88.)

<sup>184</sup> Anttila 2013, s. 360. Anttila perustelee väitettä seuraaviin seikkoihin vedoten: EU:n perusoikeuskirjassa korostetaan ihmisoikeussopimuksen merkitystä, EU:lla on oikeusperusta liittyä sopimukseen, EU-tuomioistuin ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuin ovat viitanneet toistensa oikeuskäytäntöön ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuin omaksunut muun muassa välillisen syrjinnän käsitteen EU-oikeudesta.

<sup>185</sup> Ks. EIT:n ja Euroopan unionin tuomioistuimen keskinäissuhteista tarkemmin esim. Pellonpää ym. 2018, s. 90 ja 143–154.

<sup>186</sup> Euroopan unionin toiminnasta tehty sopimus (konsolidoitu toisinto) (EUVL, N:o C 202, 7.6.2016, s. 47).

<sup>187</sup> Valtiosopimusoikeutta koskeva Wienin yleissopimus SopS 32–33/1980

<sup>188</sup> Ks. esim. Kotzur 2015, s. 201.

toteamalla sen olevan *oma oikeusjärjestyksensä*.<sup>189</sup> EU on siis erityislaatuinen (*sui generis*) oikeudellis-poliittinen toimija, jossa liittovaltiolliset piirteet kietoutuvat yhteen valtioiden välisen yhteistyön perinteisempien muotojen kanssa.<sup>190</sup> Erityislaatuisuus ilmenee esimerkiksi siten, että EU on ns. supranationalistinen oikeusjärjestys, jolla on toimivaltaa säätää lakeja, jotka velvoittavat jäsenvaltioita suoraan.<sup>191</sup>

EU:n perussopimukset ovat jäsenvaltioita suoraan velvoittavia. Myös EU:n perusoikeuskirja tuli Lissabonin sopimuksen voimaantulon myötä osaksi unionin sitovaa oikeutta vuonna 2009. Tuolloin aiemmin *soft law* -statusta nauttinut perusoikeuskirja kohotettiin unionin primaarioikeuden tasolle.<sup>192</sup> Pian Lissabonin sopimuksen jälkeen ratkaisemassaan *Küçükdeveci* -tapauksessa Euroopan unionin tuomioistuin totesi perusoikeuskirjalla olevan sama oikeudellinen arvo kuin perussopimuksilla.<sup>193</sup> Kuitenkin perusoikeuskirja oli osaltaan myötävaikuttanut perusoikeuksien aseman korostumiseen yhteisön oikeusjärjestyksessä jo ennen sen oikeudellista sitovuutta.<sup>194</sup> Voidaankin huomauttaa, että esimerkiksi myöhemmin esiteltävän *Test-Achats* -tapauksen<sup>195</sup> ratkaisussaan tuomioistuin vetosi perusoikeuskirjaan, vaikka se ei vielä tapauksen kohteena olevien tapahtumien aikaan ollut suoraan oikeudellisesti velvoittava.<sup>196</sup>

Yhdenvertaisuudella ja syrjimättömyydellä on EU:n primaarioikeuden tasolla huomattava merkitys ainakin lain kirjaimen tasolla. Tämä voidaan havaita esimerkiksi siitä, että SEU:n yhdenvertaisuutta ja tasa-arvoa koskevia vaatimuksia sisältyy sopimuksen periaatteelliselta merkitykseltään painavimpiin artikloihin, kuten EU:n arvoja ja tavoitteita koskeviin artikloihin 3 ja 4. Yhdenvertaisuuden on myös Euroopan unionin tuomioistuimen käytännössä todettu olevan yksi unionin perustavanlaatuisista periaatteista.<sup>197</sup> Lisäksi oikeus tasa-arvoiseen kohteluun on EU-oikeudessa perusoikeus. Perusoikeuskirjan sitovan vaikutuksen taas on katsottu vahvistavan tuon perusoikeuden asemaa ja huomioimista kaikessa unionin toiminnassa.<sup>198</sup>

Yhdenvertaisuus on unionin keskeinen arvo. Tämä todetaan SEU:n 2 artiklassa. Artiklan ensimmäisen virkkeen mukaan unionin perustana olevat arvot ovat ihmisarvon kunnioittaminen,

<sup>189</sup> 6–64 Flaminio *Costa v. ENEL* EU:C:1964:66, s. 217.

<sup>190</sup> Ojanen 2016, s. 5.

<sup>191</sup> Kotzur 2015, s. 201.

<sup>192</sup> Walkila DL 2011, s. 817.

<sup>193</sup> C-555/07 Seda *Küçükdeveci v Swedex GmbH & Co. KG* EU:C:2010:21, kohta 22.

<sup>194</sup> Kanninen 2009, s. 207.

<sup>195</sup> C-236/09 Association Belge des Consommateurs *Test-Achats* ASBL and Others v Conseil des ministres EU:C:2011:100.

<sup>196</sup> Ks. esim. Caracciolo di Torella 2012, s. 60.

<sup>197</sup> Ks. esim. C 810/79 Peter *Überschär v Bundesversicherungsanstalt für Angestellte* EU:C:1980:228, kohta 16.

<sup>198</sup> Walkila DL 2011, s. 818.

vapaus, kansanvalta, *tasa-arvo*<sup>199</sup>, oikeusvaltio ja ihmisoikeuksien kunnioittaminen, vähemmistöihin kuuluvien oikeudet mukaan luettuina.<sup>200</sup> On huomattava, ettei SEU:lla sinänsä mielletä ”luodun” näitä arvoja, vaan Euroopan unionin ajatellaan perustetun näiden olemassa olleiden, jäsenvaltioiden jakamien, arvojen päälle.<sup>201</sup> Tasa-arvo nähdäänkin siis sekä unionin arvona, että sen jäsenvaltioiden jo olemassa olleena ns. ominaisuutena.

Sen lisäksi, että tasa-arvo on EU-oikeuden keskeinen arvo, on EU:n arvojen edistäminen asetettu EU:n nimenomaiseksi päämääräksi muun muassa SEU:n 3 artiklassa, SEUT:n 8 artiklassa<sup>202</sup> ja SEUT:n 10 artiklassa<sup>203</sup>. SEU:n 13 artiklassa todetaan unionin toimielinjärjestelmällä muun muassa pyrittävän edistämään unionin arvoja ja tavoittelevan sen tavoitteita sekä varmistamaan unionin politiikkojen ja toimien johdonmukaisuus, tehokkuus ja jatkuvuus.<sup>204</sup> Oikeuskirjallisuudessa onkin todettu olevan loogista, että EU:n omien arvojen edistämispäämäärä on kirjattu sopimustekstiin, sillä arvojen merkitys voisi muodostua olemattomaksi ilman tällaisen oikeudellisen veloitteen lisäämistä.<sup>205</sup> Sen lisäksi, että edellä mainituilla artikloilla on keskeistä merkitystä EU:n toiminnan suunnannäyttäjinä, toimivat tavoitteet myös EU:n toimielinten toimien lainmukaisuuden arviointivälineinä.<sup>206</sup> Lisäksi on huomattava, että myös kaikki jäsenvaltiot ovat veloitettuja toimimaan EU:n arvojen mukaisesti.<sup>207</sup>

Tasa-arvoisen kohtelun periaatetta koskeva perusoikeus on EU:ssa myös keskeinen perusoikeus, jonka suurta merkitystä kaikilla aloilla korostavat edellä luetellut yhdenvertaisuuden edistämistä koskevat SEU:n ja SEUT:n sisältyvät tavoitteet.<sup>208</sup> Perusoikeuskirjassa

<sup>199</sup> Oma korostus.

<sup>200</sup> Mainitut arvot ovat artiklan toisen virkkeen mukaan jäsenvaltioille yhteisiä arvoja yhteiskunnassa, jolle on ominaista moniarvoisuus, syrjimättömyys, suvaitsevaisuus, oikeudenmukaisuus, yhteisvastuu sekä naisten ja miesten tasa-arvo.

<sup>201</sup> Geiger 2015, s. 15.

<sup>202</sup> SEUT artiklan 8 mukaan unioni pyrkii kaikissa toimissaan poistamaan eriarvoisuutta miesten ja naisten välillä sekä edistämään miesten ja naisten välistä tasa-arvoa. Kyseessä on ns. horisontaalinen policy-lauseke, minkä on katsottu tarkoittavan sitä, että se on muodoltaan ja toiminnaltaan verrattavissa kansallisissa perustuslaeissa määriteltyihin perustuslaillisiin tavoitteisiin. Sisällöltään horisontaaliset policy-lausekkeet vastaavat SEU:ssa määriteltyjä unionin tavoitteita. (Kotzur 2015, s. 216.)

<sup>203</sup> SEUT 10 artiklan mukaan unioni pyrkii politiikkojensa ja toimiensa määrittelyssä ja toteuttamisessa torjumaan kaiken sukupuoleen, rotuun, etniseen alkuperään, uskontoon tai vakaumukseen, vammaisuuteen, ikään tai suku puoliseen suuntautumiseen perustuvan syrjinnän. Myös tämä lauseke on verrattavissa kansallisiin perustuslakeihin muodostaen viitekehyksen Unionin ja sen toimielinten toimille. Euroopan unionin tuomioistuimien voi ottaa artiklan huomioon arvioidessaan onko EU toimissaan asianmukaisesti ottanut huomioon EU:n tavoitteet. Artikla on otettava huomioon myös relevantin sekundaarisen EU-sääntelyn tulkinnassa. (Kotzur 2015, s. 220.)

<sup>204</sup> Esimerkiksi Geiger onkin esittänyt, että koko EU:n institutionaalisen rakenteen tehtävänä voidaan pitää SEU:n 2 artiklassa todettujen arvojen toteutumisen edistämistä. (Geiger 2015, s. 17.)

<sup>205</sup> Geiger 2015, s. 16.

<sup>206</sup> Geiger 2015, s. 18.

<sup>207</sup> Geiger 2015, s. 17.

<sup>208</sup> Näin toteaa julkisasiamies Kokottin ratkaisuehdotuksessaan *Test-Achats* -tapauksessa, kohta 38.

yhdenvertaisuutta ja tasa-arvoa koskevat säännöt sisältyvät artikloihin 20 ja 21 ja 23. Perusoikeuskirjan tulkinnassa on otettava huomioon perusoikeuskirjassa tarkoitetut selitykset (SEU:n art. 6.1(3) ja perusoikeuskirjan art. 52.7).

Perusoikeuskirjan artiklan 20 mukaan kaikki ihmiset ovat yhdenvertaisia lain edessä. Perusoikeuskirjan selitysten mukaan artikla vastaa yleistä oikeusperiaatetta, joka on otettu mukaan kaikkiin eurooppalaisiin perustuslakeihin ja, jonka myös yhteisöjen tuomioistuin on tunnustanut yhteisön oikeuden perusperiaatteeksi.<sup>209</sup> Perusoikeuskirjan artikla 21 taas kieltää kaikenlaisen syrjinnän, joka perustuu sukupuoleen, rotuun, ihonväriin tai etniseen taikka yhteiskunnalliseen alkuperään, geneettisiin ominaisuuksiin, kieleen, uskontoon tai vakaumukseen, poliittisiin tai muihin mielipiteisiin, kansalliseen vähemmistöön kuulumiseen, varallisuuteen, syntyperään, vammaisuuteen, ikään tai sukupuoliseen suuntautumiseen tai muuhun sellaiseen seikkaan. Artikla perustuu muun muassa SEUT:n artiklaan 19 ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen syrjinnän kieltä koskevaan 14 artiklaan.<sup>210</sup>

Artikla 23 koskee naisten ja miesten välistä tasa-arvoa erityisesti työelämässä. Sen mukaan miesten ja naisten välinen tasa-arvo on varmistettava kaikilla aloilla työelämä ja palkkaus mukaan lukien. Kuitenkaan tasa-arvon periaate ei artiklan mukaan estä pitämästä voimassa tai toteuttamasta toimenpiteitä, jotka tarjoavat erityisetuja aliedustettuna olevalle sukupuolelle. Artikla 23 tekee siis mahdolliseksi positiivisen syrjinnän sukupuolten tasa-arvon edistämiseksi.

Perusoikeuskirjaa ei tule muutoinkaan tulkita siten, että se kieltäisi kaiken sukupuoleen perustuvan erottelun. Erottelu voi nimittäin joissain tilanteissa olla oikeutettavissa. Oikeutus on kuitenkin mahdollista ainoastaan tiukoissa rajoissa ja se on perusteltava huolellisesti.<sup>211</sup> Lainsäätäjä ei myöskään voi missään tapauksessa mielivaltaisesti sallia poikkeuksia yhdenvertaisen kohtelun periaatteesta siten, että se tulee tehneeksi tyhjäksi syrjintäkieltoa.<sup>212</sup>

### 3.2.2 Neuvoston direktiivi 2004/113/EY

Edellä mainittuja, EU:n primaarioikeuden säännöksissä mainittuja arvoja, tavoitteita ja oikeuksia on täsmennetty ja turvattu sekundaarioikeuden avulla. Näistä säännöksistä keskeisessä osassa tutkielman aiheen kannalta on neuvoston direktiivi 2004/113/EY miesten ja naisten

<sup>209</sup> Euroopan unionin perusoikeuskirjan selitykset EUVL 2007/C 303, s. 24.

<sup>210</sup> *Ibid.*

<sup>211</sup> Näin toteaa julkisasiamies Kokottin ratkaisuehdotuksessaan *Test-Achats* -tapauksessa, kohta 37.

<sup>212</sup> *Ibid.*

yhdenvertaisen kohtelun periaatteen täytäntöönpanosta tavaroiden ja palvelujen saatavuuden ja tarjonnan alalla. Direktiivillä pyrittiin toteuttamaan naisten ja miesten yhdenvertaisen kohtelun periaate jäsenvaltioissa säätämällä sukupuoleen perustuvan syrjinnän torjumista koskevista puitteista tavaroiden ja palveluiden saatavuuden ja tarjonnan alalla (art. 1). Lisäksi direktiivin nimenomaisena tarkoituksena oli oikeuskirjallisuuden mukaan saada vakuutushinnoittelussa vallalla ollut käytäntö perustaa vakuutushintoja hakijan sukupuoleen loppumaan.<sup>213</sup> Direktiiviin viitattiin myös mainitsemassani yhdenvertaisuus- ja tasa-arvolautakunnan päätöksessä<sup>214</sup> sen osalta, kun päätöksessä todettiin direktiivin artiklan 5(2) kohdan katsotun Euroopan unionin tuomioistuimen *Test-Achats* -ratkaisussa olevan pätemätön.

Direktiivi asettaa minimitasen vaatimuksen sukupuolten välisen tasa-arvon turvaamiseksi palvelujen saatavuuden ja tarjonnan alalla (art. 7)<sup>215</sup> ja sen on todettu olleen merkittävä askel yhdenvertaisuusperiaatteen ulottamisessa yksityisten välisiin suhteisiin.<sup>216</sup> Direktiiviä sovelletaan yhteisön toimivallan rajoissa kaikkiin henkilöihin, jotka tarjoavat yleisesti saatavilla olevia tavaroita tai palveluja yksityisellä tai julkisella sektorilla (art. 3(1)).

Direktiivissä kielletään sekä välitön että välillinen sukupuoleen perustuva syrjintä. Välittömällä syrjinnällä tarkoitetaan sitä, että henkilöä kohdellaan sukupuolen perusteella epäsuotuisammin kuin jotakuta muuta kohdellaan, on kohdeltu tai kohdeltaisiin vertailukelpoisessa tilanteessa (art. 2.1(a)). Välillisellä syrjinnällä taas tarkoitetaan sitä, että näennäisesti puolueeton säännös, peruste tai käytäntö saattaa henkilöt näiden sukupuolen perusteella erityisen epäedulliseen asemaan toiseen sukupuoleen verrattuna, paitsi jos kyseisellä säännöksellä, perusteella tai käytännöllä on puolueettomasti perusteltavissa oleva oikeutettu tavoite ja tavoitteen saavuttamiseksi käytetyt keinot ovat asianmukaisia ja tarpeellisia (art. 2.1(b)).

Direktiivin johdanto-osan 12 kohdassa painotetaan, että välitöntä syrjintää esiintyy vain, jos henkilöä kohdellaan sukupuolen perusteella epäsuotuisammin kuin jotakuta muuta vertailukelpoisessa tilanteessa. Saman kohdan mukaan esimerkiksi terveysten palvelujen tarjoamiseen liittyvissä eroissa miesten ja naisten välillä, silloin kun ne johtuvat miesten ja naisten fyysisistä eroavuuksista, ei ole kyse vertailukelpoisesta tilanteesta, eivätkä ne näin ollen ole syrjintää. Lisäksi johdanto-osan 17 kohdan mukaan yhdenvertaisen kohtelun periaate

<sup>213</sup> Temming 2012, s. 108.

<sup>214</sup> Yhdenvertaisuus- ja tasa-arvolautakunta 21.3.2018 (216/2017)

<sup>215</sup> Ks. myös Werner – Caracciolo Di Torella 2017.

<sup>216</sup> Xenidis 2017, s. 4.

tavaroiden ja palvelujen saatavuudessa ei edellyttä, että miehille ja naisille olisi aina tarjottava yhtäläiset edellytykset, kunhan niitä ei tarjota suotuisammalla tavalla toisen sukupuolen edustajille.

Vaikka direktiivissä kielletään vertailukelpoisessa tilanteessa olevien erilainen kohtelu, sallitaan kuitenkin positiivinen erityiskohtelu. Direktiivin artiklassa 6 nimittäin todetaan, että, jotta miesten ja naisten välinen täysi tosiasiallinen yhdenvertaisuus voidaan varmistaa, yhdenvertaisen kohtelun periaate ei saa estää jäsenvaltioita pitämästä voimassa tai toteuttamasta erityistoimenpiteitä, joiden tarkoituksena on ehkäistä tai hyvittää sukupuoleen liittyviä haittoja. Onkin huomattava, että direktiivi ei kiellä sukupuoleen perustuvaa erottelua aina ja kaikissa tilanteissa. Direktiivin johdanto-osan kohdan 16 mukaan kohtelua koskevia eroja voidaan hyväksyä, jos ne voidaan perustella oikeutetulla tavoitteella, kuten tavoitteella edistää sukupuolten tasa-arvoa. Kaikkien rajoitusten olisi lainkohdan mukaan kuitenkin oltava asianmukaisia ja tarpeellisia Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä johtuvien perusteiden mukaisesti.

Direktiivissä säädetään erikseen vakuutuspalvelujen ja niihin liittyvien rahoituspalvelujen maksujen ja etuuksien laskennasta. Direktiivin 5 artiklan 1 kohdassa todetaan, että jäsenvaltioiden on varmistettava, että kaikissa viimeistään 21. päivänä joulukuuta 2007 jälkeen tehdyissä uusissa sopimuksissa sukupuolen käyttäminen vakuutuspalveluja ja niihin liittyviä rahoituspalveluja koskevien maksujen ja etuuksien laskennassa ei johda eroihin yksilöiden maksuissa ja etuuksissa. Saman artiklan 2 kohdassa omaksuttiin kuitenkin tätä koskeva poikkeus. Se nimittäin salli jäsenvaltioiden 1 kohdasta huolimatta ennen 21. päivänä joulukuuta 2007 päättää sallia suhteelliset erot yksilöiden maksuissa ja etuuksissa, jos sukupuolen käyttäminen on määräävä tekijä asiaankuuluvien ja tarkkojen vakuutusmatemaattisten tietojen ja tilastotietojen perusteella tehtävässä riskinarvioinnissa.

Artiklan 2 kohta siis mahdollisti jäsenvaltioiden lainsäädännössään tietyin ehdoin sallivan poikkeuksen artiklan 1 kohdan mukaiselle säännölle, joka kielsi vakuutuksien ja niihin liittyvien rahoituspalvelujen hinnoittelun sukupuolen perusteella. Poikkeusta perusteltiin direktiivin johdanto-osassa sillä, että joissakin tapauksissa sukupuoli on yksi, mutta ei välttämättä ainoa, määräävä tekijä vakuutettuja riskejä arvioitaessa, ja, että jäsenvaltiot voivat tällaisia riskejä koskevien sopimusten osalta päättää sallia vapautuksia säännöstä, jonka mukaan molempien sukupuolten maksujen ja etuuksien on oltava samat, jos ne voivat varmistaa, että laskelmien

pohjana olevat vakuutusmatemaattiset tiedot ja tilastotiedot ovat luotettavia, säännöllisesti ajantasaistettuja ja yleisesti saatavilla.

Esimerkiksi Schiek totesi vuonna 2005, että tällaisen poikkeuksen salliminen käytännössä rämpautti yhdenvertaisen kohtelun periaatteen toteutumisen.<sup>217</sup> Myöhemmin, vuonna 2010, Euroopan unionin tuomioistuin päätyikin *Test Achats* -tapauksessa<sup>218</sup> pitämään kyseistä säännöstä pätemättömänä sillä perusteella, että se oli vastoin direktiivillä tavoiteltavaa miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun päämäärää.

### 3.2.3 *Test-Achats* -tapaus

*Test-Achats* -tapauksessa jäsenvaltion tuomioistuin oli halunnut ennakkoratkaisukysymyksellä selvittää, onko edellä mainittu 5 artiklan 2 kohta pätevä miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaatteeseen nähden. Ratkaisussaan Euroopan unionin tuomioistuin katsoi, että tällainen säännös, jonka nojalla jäsenvaltioiden oli mahdollista ilman ajallista rajoitusta pitää voimassa poikkeusta säännöstä, jonka mukaan molempien sukupuolten maksujen ja etuuksien on oltava samat, oli vastoin direktiivillä tavoiteltavaa miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun päämäärää. Näin ollen säännös ei tuomioistuimen mukaan ollut yhteensopiva perusoikeuskirjan artiklojen 21 ja 23 kanssa.

Ratkaisussaan tuomioistuin korosti EU-oikeuden sidonnaisuutta perusoikeuksiin<sup>219</sup> ja tapaus oli *Küçükdeveci* -tapauksen<sup>220</sup> ohella yksi ensimmäisistä tapauksista, jossa Euroopan unionin tuomioistuin vetosi perusoikeuskirjaan ratkaisunsa tueksi.<sup>221</sup> Lisäksi tuomioistuin korosti EU-lainsäädäntöelimeen kohdistuvaa, perussopimuksista<sup>222</sup> johtuvaa, positiivista velvollisuutta taistella sosiaalista eksluusiota ja syrjintää vastaan ja edistää sosiaalisen oikeudenmukaisuuden ja tasa-arvon toteutumista.<sup>223</sup>

*Test-Achats* -tuomiota on kuvattu historialliseksi ratkaisuksi, jolla on ennakkoratkaisunomaista vaikutusta myös tulevaisuudessa Euroopan unionin tuomioistuimen tapauksissa.<sup>224</sup> Sitä on myös

---

<sup>217</sup> Schiek 2005, s. 430.

<sup>218</sup> C-236/09 Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL and Others v Conseil des ministres EU:C:2011:100.

<sup>219</sup> Temming 2012, s. 110.

<sup>220</sup> C-555/07 Seda *Küçükdeveci* v Swedex GmbH & Co. KG EU:C:2010:21

<sup>221</sup> Caracciolo di Torella 2012, s. 60.

<sup>222</sup> Tarkalleen SEU:n artiklasta 3(2) ja SEUT:n artiklasta 8.

<sup>223</sup> Temming 2012, s. 110.

<sup>224</sup> *Ibid*, s. 112.



kuvattu virstanpylvääksi sukupuoleen perustuvan syrjinnän kitkemisessä.<sup>225</sup> Oikeuskirjallisuudessa on kuitenkin huomautettu, että tapauslausumassa ei sinänsä keskitytty lainkaan vastaamaan kysymykseen siitä, onko vakuutushintojen perustamista sukupuolikeskiarvoihin pidettävä sopivana menettelynä.<sup>226</sup> Tämän sijaan ratkaisussa keskityttiin sen arvioimiseen, voitiinko lainsäätäjän ratkaisuja asiaa koskevan sääntelyn osalta pitää johdonmukaisina.<sup>227</sup> Tuomioistuimien korostikin tapauslausumassa sitä, että vaarana oli, että unionin oikeudessa sallittaisiin *rajattomasti* ko. miesten ja naisten tasa-arvoisesta kohtelusta tehtävä poikkeus.

Tuomioistuimen päätöstä on kuitenkin edellä mainitusta huolimatta tulkittu siten, että ratkaisu osoittaisi sukupuoleen perustuvalla suoralla erottelulla esitettävän hyväksyttävän perustelun olevan vain teoreettinen mahdollisuus.<sup>228</sup> Esimerkiksi Schanze on tulkinnut tuomioistuimen vahvistaneen ratkaisullaan sen yleisen käsityksen, jonka mukaan sukupuoleen perustuva aktuaarinen klassifikaatio on syrjivää itsessään (”as such”).<sup>229</sup> Jos tämä tulkinta hyväksytään, toimisi *Test-Achats* -tapaus painavana perusteena tulkita sukupuolimuuttujan huomioonottaminen myös luotonantoon liittyvässä aktuaarisessa päätöksenteossa kielletyksi.

Edellä esittämäni perustuen, katson kuitenkin, ettei Euroopan unionin tuomioistuimen *Test-Achats* -ratkaisua ole syytä tulkita siten, että tuomioistuin olisi ottanut kannakseen sen, että sukupuoleen perustuvat aktuaariset menettelyt olisi kaikissa tapauksissa EU-oikeuden vastaisia. Toisaalta voidaan viitata jo aiemmin mainittuun yhdenvertaisuus- ja tasa-arvolautakunnan päätökseen<sup>230</sup>, jossa se totesi seuraavaa:

”Koska sukupuolen perusteella syrjivään lopputulokseen johtavien vakuutusmatemaattisten laskelmien käyttö ei ole enää sallittua direktiivin 5 artiklan perusteella ja koska direktiivissä ei ole hyväksytty mitään luotonannossa käytettäviä matemaattisia laskelmia koskevaa poikkeusta, yhdenvertaisuus- ja tasa-arvolautakunta katsoo, ettei vastaavien todennäköisyyslaskelmien käyttö ole sallittua luottokelpoisuuden arvioinnissa.”

Tutkielmani kontekstissa voidaan kuitenkin yleisellä tasolla kyseenalaistaa sen näkökannan mielekkyys, että sukupuoleen perustuvien todennäköisyyslaskelmien käytön olisi aina

---

<sup>225</sup> *Ibid.*

<sup>226</sup> Tobler 2013, s. 463.

<sup>227</sup> *Ibid.*

<sup>228</sup> Temming 2012, s. 113.

<sup>229</sup> Schanze 2013, s. 424.

<sup>230</sup> Yhdenvertaisuus- ja tasa-arvolautakunta 21.3.2018 (216/2017)

katsottava johtavan syrjivään lopputulokseen, vaikka yksittäisten hakijoiden kohdalla saattaisikin johtaa virheelliseen lopputulokseen. Yhdenvertaisuus- ja tasa-arvolautakunnan toteamus näyttäisi kuitenkin viittaavan siihen, että tällainen menettely olisi jopa poikkeuksetta tulkittava merkitsevän kiellettyä syrjintää.

*Test-Achats* -tapauksessa voidaan lisäksi kiinnittää huomiota julkisasiamies Kokottin ratkaisuehdotukseen. Lopputuloksen kannalta Kokottin ehdotuksen on todettu eroavan tuomiosta vain siltä osin, että hän kannatti pidempää siirtymäjaksoa kuin mihin tuomioistuimien asiassa päätettiin.<sup>231</sup> Kokottin perustelut eroavat kuitenkin Euroopan unionin tuomioistuimen perusteluista siten, että ehdotuksessaan Kokott arvioi seikkaperäisesti sukupuoleen perustuvien aktuaaristen menetelmien hyväksyttävyyttä, kun taas unionin tuomioistuin vetosi yleisemmin koherenssin periaatteeseen todetessaan direktiivin säännöksen olevan EU:n perusarvojen kanssa ristiriidassa salliessaan poikkeamisen rajoituksista.<sup>232</sup> Myös Kokottin ratkaisuehdotuksen osalta on kuitenkin pidettävä mielessä, että se koskee luonnollisesti EU-lainsäätäjän lainsäädäntöratkaisujen lainmukaisuutta, ei sinänsä esimerkiksi yksittäisen vakuutusentartjoajan toimien lainmukaisuutta.<sup>233</sup> Lisäksi on huomattava se, että kyseessä ei ole tuomioistuimen ratkaisu.

Ratkaisuehdotuksessaan Kokott toteaa vakuutusriskin arviointiin liittyen aluksi, että tarkkojen yksilöllisten vakuutusriskiin liittyvien arvioiden tekeminen jokaisen hakijan kohdalla on erittäin vaikeaa, ellei mahdotonta, ja tästä syystä on periaatteen tasolla täysin hyväksyttävää perustaa arviot ryhmäkeskiarvoihin yksilöllisen arvioinnin sijasta tai sen lisäksi.<sup>234</sup> Kokottin mukaan riskiarvion perustaminen osin sukupuoleen on sinänsä helppo ja toimiva ratkaisu<sup>235</sup> kun taas arvion perustaminen mm. taloudellisiin ja sosiaalisiin tekijöihin tai esimerkiksi elintapoihin on huomattavasti vaikeampaa tietojen arviointiin ja varmentamiseen liittyvien haasteiden vuoksi.<sup>236</sup>

Tällaiset käytännön hankaluudet eivät Kokottin mukaan kuitenkaan ainakaan itsestään selvästi oikeuta sukupuolen käyttämistä erotteluperusteena.<sup>237</sup> Hänen mukaansa nimittäin se, mitä vertailuryhmiä arvioinnissa on sallittua käyttää, riippuu lopulta oikeudellisen ympäristön

---

<sup>231</sup> Temming 2012, s. 113.

<sup>232</sup> *Ibid*, s. 115.

<sup>233</sup> Tämä vaikuttaa myös siihen, kuinka painavaa merkitystä *Test-Achat* -tapaukselle yleensäkin voidaan antaa algoritmisen päätöksenteon lainmukaisuutta arvioidessa.

<sup>234</sup> Julkisasiamies Kokottin ratkaisuehdotus *Test-Achats* -tapauksessa, kohta 46.

<sup>235</sup> *Ibid*, kohta 66.

<sup>236</sup> Julkisasiamies Kokottin ratkaisuehdotus *Test-Achats* -tapauksessa, kohta 66.

<sup>237</sup> *Ibid*, kohta 66.

asettamista reunaehdoista.<sup>238</sup> Näiden ehtojen toteuttaminen vaatii hänen mukaansa monimutkaisia arviointeja liittyen poliittisiin, taloudellisiin ja sosiaalisiin valintoihin<sup>239</sup> ja neuvostolla on lainsäätäjänä huomattavasti harkintavaltaa näiden valintojen tekemisessä.<sup>240</sup>

Tätä harkintavaltaa rajoittaa Kokottin mukaan kuitenkin Euroopan unionin perustavanlaatuiset periaatteet, joihin yhdenvertaisen kohtelun periaatekin kuuluu.<sup>241</sup> Kokottin mukaan vakuutusriskien linkittäminen hakijan sukupuoleen on sopimatonta näiden periaatteiden valossa.<sup>242</sup> Sukupuolen käyttäminen niin sanottuna sijaiskriteerinä eroa selittäville ominaisuuksille ei nimitäin Kokottin mukaan ole yhteen sovitettavissa naisten ja miesten yhdenvertaisen kohtelun periaatteen kanssa.<sup>243</sup> Tätä hän perustelee sillä, että näin toimittaessa ei ole mahdollista varmistaa, että erottelu perustuu pelkästään objektiivisiin kriteereihin, joilla ei ole mitään tekemistä sukupuoleen perustuvan syrjinnän kanssa.<sup>244</sup> Hänen mukaansa suora erottelu sukupuolen perusteella on sallittua ainoastaan, jos voidaan varmuudella osoittaa, että miesten ja naisten välillä on merkityksellisiä eroja, joiden vuoksi erottelua voidaan vaatia.<sup>245</sup> Kokott toteaa myös, että, jotta ero olisi relevantti, tulisi voida osoittaa eron *johtuvan* juuri sukupuolesta (essentially due to their sex).<sup>246</sup>

Lisäksi voidaan mainita Kokottin mahdollisesti katsovan sukupuolipisteytyksen itsessään olevan sopimatonta sillä perusteella, että myöskään etniseen taustaan perustuvaa pisteytystä ei voitaisi hyväksyä.<sup>247</sup> Ihmisoikeustuomioistuimien katsoi esimerkiksi tapauksessa *Timishev v. Venäjä* -tapauksessa etniseen taustaan perustuvan syrjinnän olevan vaarallisiin (perilous) sairauksiin johtava, erityisen epäoikeudenmukainen (invidious), syrjinnän muoto.<sup>248</sup> Tuomioistuimien katsoi myös, että sellaiselle erilaiselle kohtelulle, joka perustuu pelkästään tai olennaisin osin ihmisen etniseen taustaan, ei voida esittää lainkaan objektiivisesti hyväksyttäviä perusteita.<sup>249</sup> Näyttääkin siltä, että Kokott katsoi mahdollisesti osin etnisen syrjinnän ja segregaat

---

<sup>238</sup> *Ibid*, kohta 47.

<sup>239</sup> *Ibid*.

<sup>240</sup> *Ibid*.

<sup>241</sup> *Ibid*, kohta 48.

<sup>242</sup> *Ibid*, kohdat 48–50.

<sup>243</sup> *Ibid*, kohta 67.

<sup>244</sup> *Ibid*.

<sup>245</sup> *Ibid*, kohta 60.

<sup>246</sup> *Ibid*, kohta 63.

<sup>247</sup> Julkisasiamies Kokottin ratkaisuehdotus *Test-Achats* -tapauksessa, kohdat 49–50.

<sup>248</sup> *Timishev v. Venäjä* (2005), kohta 56.

<sup>249</sup> *Ibid*, kohta 58.

tuomittavuuteen liittyvistä arvostuksista myös sukupuoleen perustuvan pisteytyksen olevan lähes kategorisesti kiellettyä.

Tässä yhteydessä voidaan viitata myös julkisasiamies van Gervenin ratkaisuehdotukseen eräässä huomattavasti vanhemmassa aktuaarista menettelyä koskevassa asiassa. Van Gervenin mukaan tapauksen ratkaisussa oli kyse sen selvittämisestä, onko kyse Rooman sopimuksen artiklan 119 tarkoittamasta syrjinnästä, jos naisten ja miesten kohtelu perustetaan heidän yksilöllisten piirteiden sijasta ryhmäjäsenyyteen, ja tämän seurauksena yksittäisiä naisia ja miehiä kohdellaan päätöksenteossa epäyhdenvertaisesti.<sup>250</sup>

Ongelman ratkaisussa van Gerven kiinnitti huomiota menettelylliseen oikeudenmukaisuuteen todetessaan seuraavaa:

*”What is /.../ required by Article 119 is that the determination of the amount of contributions to be paid by members and the amount of benefits to be paid to the entitled employee /.../ should take place on the basis of the same criteria for men and women.”*<sup>251</sup>

Van Gervenin mukaan oleellista oli siis se, että etujen määrittämislähtökohtien tuli olla samat naisille ja miehille. Huomioon voitiin ottaa sukupuolen kanssa korreloivia, eroja selittäviä tekijöitä, kuten tupakointia, mutta näiden osalta samassa tilanteessa olevien naisten ja miesten pisteytys tulisi olla identtinen riippumatta sukupuolesta. Tältä osin lausumassa voidaan tulkita omaksutun menettelyllistä yhdenvertaisuutta korostava näkökanta.

Toisaalta van Gervenin mukaan ratkaisu riippuu menettelyllisen yhdenvertaisuuden lisäksi kuitenkin myös siitä, minkälaiseen lopputulokseen menettely johtaa.<sup>252</sup> Hänen mukaansa sukupuoleen perustuvat aktuaariset menetelmät eivät nimittäin olleet itsessään kiellettyjä artiklan 119 perusteella, vaan erottelu olisi sinänsä sallittua tilanteessa, jossa tällainen erottelu ei johda epäyhdenvertaiseen lopputulokseen.<sup>253</sup> Van Gerven ei kuitenkaan tarkemmin määrittele, mitä hän tarkoittaa epäyhdenvertaisella lopputuloksella. Myöhemmin kuitenkin esitän, että EU-oikeuden syrjinnänvastainen oikeus painottaa erityisesti individualistista näkökulmaa. Van

---

<sup>250</sup> Julkisasiamies van Gervenin ratkaisuehdotus *Ten Oever* -tapauksessa, kohta 35.

<sup>251</sup> *Ibid*, kohta 39.

<sup>252</sup> *Ibid*, kohta 34.

<sup>253</sup> *Ibid*, kohta 34.

Gervenin voitaisiin siis tulkita tarkoittavan tällä sitä, että sukupuolipisteytyksen käyttö ei saisi yhdenkään yksittäisen ihmisen kannalta johtaa virheelliseen päätökseen.

Seuraavissa alaluvuissa käsittelen syrjintäkieltoa kansallisessa lainsäädännössä. Lainsäädännön tulkinnassa on otettava huomioon sekä Euroopan ihmisoikeussopimus että EU:n syrjinnän vastainen oikeus. Kansallisen lainsäädännön ja kansainvälisten oikeuslähteiden välillä voidaan myöhemmin kuvaamalla tavalla katsoa vallitsevan interlegaliteetin tilanne, ja säännösten erillisyydestä huolimatta tulee sääntelyä tulkittaessa pyrkiä huomioimaan koko sääntelykokonaisuus.

### 3.3 Perustuslaki

Yhdenvertaisuudella ja syrjintäkiellolla on keskeinen asema Suomen perusoikeusjärjestelmässä. Ne ovat vahvasti suojattuja perusoikeuksia, joita ei voida lainkaan rajoittaa.<sup>254</sup> Ennen nykyisen perustuslain säätämistä oli Suomessa voimassa vuonna 1919 voimaan astunut Suomen Hallitusmuoto (hallitusmuoto, 94/1919). Sen yhdenvertaisuutta koskeva pykälä kuului: ”*Suomen kansalaiset ovat yhdenvertaiset lain edessä*” (hallitusmuoto 5 §). Käytännössä säännökselle annettiin samanlainen sisältö kuin ihmisoikeussopimuksille. Säännöksen katsottiin kieltävän syrjivä erottelu jokseenkin pitkälti nykyistä perustuslakia vastaavasti mm. rodun äidinkielen, sukupuolen, yhteiskunnallisen taustan ja iän perusteella<sup>255</sup> – kuitenkin sillä erotuksella, että säännös koski vain Suomen kansalaisia.

90-luvulle tultaessa säännöstä pidettiin ongelmallisena sen rajoittuneisuuden vuoksi.<sup>256</sup> Eräänä rajoitteena pidettiin Niemisen mukaan sitä, että pykälässä katsottiin olevan kyse vain muodollisen yhdenvertaisuuden turvaamisesta, eikä se edellyttänyt valtiolta aktiivisia toimia tosiasiallisen tasa-arvon turvaamiseksi.<sup>257</sup> Puutteiden ratkaisuksi yhdenvertaisuutta koskevaa sääntelyä täydennettiin lisäämällä syrjinnän kieltävä säännös kansainvälistä sääntelykehitystä vastaavasti.<sup>258</sup> Lisäksi lisättiin esimerkiksi säännös sukupuolten tasa-arvosta.<sup>259</sup> Uudistuksen tärkeimpänä tavoitteena todettiin valmisteluaineistossa olevan yksilön oikeuksien

<sup>254</sup> Lisäksi voidaan todeta, että yhdenvertaisuuden ajatuksen on todettu sisältyvän jopa itse perusoikeuden käsitteeseen (HE 309/1993 vp, s. 17.), mikä korostaa yhdenvertaisuuden periaatteellista merkitystä koko perusoikeusjärjestelmässä.

<sup>255</sup> Nieminen 1991, s. 25.

<sup>256</sup> *Ibid.*

<sup>257</sup> Nieminen 1991, s. 25. Myös hallituksen esityksessä todettiin ongelmana olevan se, että säännös turvasi vain muodollista tasa-arvoa (HE 309/1993 vp, s. 14.).

<sup>258</sup> HE 309/1993 vp, s. 17. Lisäksi olennainen muutos oli mm. yhdenvertaisuussäännöksen soveltamisalan laajentaminen Suomen kansalaisista yleisemmin ihmisten yhdenvertaisuutta turvaavaksi.

<sup>259</sup> HE 309/1993 vp, s. 5.

perustuslaintasaisen turvan laajentaminen ja vahvistaminen.<sup>260</sup> Lisäksi todettiin tavoitteena olevan lisätä tosiasiallista tasa-arvoa yhteiskunnassa.<sup>261</sup>

Nykyisessä perustuslaissa syrjintäkielto sisältyy yhdenvertaisuuspykälään, jonka ensimmäisen momentin mukaan ihmiset ovat yhdenvertaisia lain edessä (PL 6.1 §). Toisen momentin mukaan ketään ei saa ilman hyväksyttävää perustetta asettaa eri asemaan sukupuolen, iän, alkuperän, kielen, uskonnon, vakaumuksen, mielipiteen, terveydentilan, vammaisuuden tai muun henkilöön liittyvän syyn perusteella (PL 6.2 §). Perustuslain syrjintäkieltoon on lisäksi katsottu sisältyvän mielivallan kielto ja vaatimus samanlaisesta kohtelusta samanlaisissa tapauksissa.<sup>262</sup>

Perustuslain sanamuotoa tarkastellen voidaan havaita, ettei ihmisten asettaminen eri asemaan kiellettyjen syrjintäperusteiden, kuten sukupuolen, perusteella itsessään ole kiellettyä, vaan syrjinnän syntymiseksi edellytetään lisäksi, että eri asemaan asettaminen on tapahtunut ilman hyväksyttävää perustetta.<sup>263</sup> Tämän osalta huomiota kiinnitetään siihen, voidaanko erottelu perustella perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttävällä tavalla.<sup>264</sup> Perustelulle asetettavat vaatimukset ovat erityisesti säännöksessä lueteltujen kiellettyjen erotteluperusteiden, kuten sukupuolen, osalta korkeat.<sup>265</sup> Siltä osin kun erottelulle ei voida esittää hyväksyttävää perustetta, on kyseessä syrjintä, jonka kielto on ehdoton siten, ettei sitä voi lainkaan rajoittaa tavallisella lailla.<sup>266</sup>

Syrjintäkiellon ehdottomuuden suhdetta erottelun hyväksyttävyysarviointiin voidaan selkeyttää viittaamalla esimerkiksi Ojasen toteamaan koskien etnistä ja uskontoon perustuvaa profilointia. Ojasen mukaan *syrjinnän* kielto etnisen taustan (race) ja uskonnon osalta on ehdoton (non-derogable) oikeus kansainvälisten ihmisoikeuksien alalla, eikä siitä ole sallittua poiketa minkään syyn, ei edes esimerkiksi julkisen hätätilan, perusteella.<sup>267</sup> Kuitenkaan *erottelu* etnisen

<sup>260</sup> *Ibid.*, s. 15.

<sup>261</sup> HE 309/1993 vp, s. 15. Tämän osalta todettiin myös tarkemmin, että ehdotuksilla pyrittiin turvaamaan paitsi perinteistä oikeudellista yhdenvertaisuutta myös tosiasiallisen tasa-arvon toteutumista yhteiskunnassa. (HE 309/1993 vp, s. 17.) Tasa-arvosta todettiin lisäksi, että lainsäädännölle on ominaista, että se kohtelee tietyn hyväksyttävän yhteiskunnallisen intressin vuoksi ihmisiä eri tavoin edistääkseen muun muassa tosiasiallista tasa-arvoa. (HE 309/1993 vp, s. 43.) Tavoitteita perusteltiin hallituksen esityksessä siten, että hyvinvointiyhteiskunnassa oli perusteltua /.../ laajentaa perusoikeusturvaa sekä tosiasiallisen tasa-arvon että taloudellisten, sosiaalisten ja sivistyksellisten oikeuksien suuntaan. (HE 309/1993 vp, s. 15.)

<sup>262</sup> HE 44/2003 vp, s. 6. Ks. myös HE 309/1993 vp, s. 42, jossa todetaan seuraavaa: ”Säännös ilmaisee yhdenvertaisuutta ja tasa-arvoa koskevan pääperiaatteen. Yleiseen yhdenvertaisuussäännökseen sisältyy mielivallan kielto ja vaatimus samanlaisesta kohtelusta samanlaisissa tapauksissa.”

<sup>263</sup> HE 309/1993 vp, s. 44.

<sup>264</sup> *Ibid.*

<sup>265</sup> *Ibid.*

<sup>266</sup> Viljanen 2001, s. 58.

<sup>267</sup> Ojanen 2010, s. 307.

taustan perusteella ei riko syrjintäkieltoa siinä tapauksessa, että erilainen kohtelu on yhteen sovitettavissa syrjintäkiellon kanssa. Tällöin edellytyksenä on, että toiminnalla pyritään hyväksyttävään päämäärään ja, että erilainen kohtelu ja ko. hyväksyttävä päämäärä ovat kohtuullisessa suhteessa toisiinsa nähden.<sup>268</sup>

Vaikka Ojasen toteama koskee sukupuolen sijaan etnistä taustaa ja uskontoa, voidaan sen avulla havainnollistaa, ettei hyväksyttävän perusteen käsillä olo sinällään tee *syrjinnästä* sallittua - syrjinnän kiellohan voidaan pitää siten ehdottomana, ettei voimassa oleva oikeus tunnista yhtäkään syrjinnän kiellon rajoitusperustetta. Tämän sijaan hyväksyttävän perusteen kriteerissä on kyse siitä, että, jos menettelyllä on hyväksyttävä ja oikeasuhtainen päämäärä, ei menettelyn katsota lainkaan muodostavan syrjintää, vaan sen katsotaan olevan pelkästään erottelua – joka siis itsessään ei ole kiellettyä.

Tutkielmassani olen noudattanut edellä kuvattua kielellistä erottelua siten, että kun kyse on sukupuoleen perustuvan erottelun hyväksyttävyyttä koskevasta ns. aukiolevasta arviosta, viitataan asiaan nimenomaan erotteluna, en syrjintänä. Mielestäni tämä on perusteltua siitä syystä, että se lisää käsitteellistä selkeyttä sen suhteen, että syrjinnän kieltävää perusoikeutta voidaan pitää siten fundamentaalina oikeutena, että syrjintää ei voida lainkaan oikeuttaa, mutta, että kaikki sukupuoleen perustuva erottelu ei ole syrjintää. Oikeuskirjallisuudessa ja muissa oikeudellisissa teksteissä termejä käytetään kuitenkin osin myös sekaisin.

Nähdäkseni erottelu on kuitenkin erityisesti suomen kielessä hyödyllinen. Nousiaisen ja Pylkkäsen mukaan syrjintä viittaa sanana sivuun työntämiseen tai syrjäyttämiseen ja diskriminaatio taas erottelun tekemiseen.<sup>269</sup> Näin ollen syrjinnästä on suomeksi syytä puhua vain silloin kun kyse on Nousiaisen ja Pylkkäsen kuvaamalla tavalla asiattomien erotteluiden tekemisestä.<sup>270</sup> Lisäksi käsitteellisen eron tekeminen erottelun ja syrjinnän välille korostaa sitä myöhemmin esiin tuomaani näkökulmaa, että hyväksyttävyydsarvion tekeminen on tarpeen vain siinä tapauksessa, jos ylipäättään voidaan katsoa olevan kyse sukupuoleen perustuvasta erottelusta, joka asettaa ihmisiä eri asemaan.

Käsittelen seuraavassa tarkemmin sitä, minkälaisia vaatimuksia erottelun hyväksyttävyydelle on esitetty. Koska sen arviointi, onko hyväksyttävä peruste käsillä, on kuitenkin esimerkiksi

<sup>268</sup> Ojanen 2010, s. 307. *Timishev v. Venäjä* -tapauksista tulkiten voidaan kuitenkin todeta liikkumavaran olevan etnisen erottelun osalta äärimmäisen kapea.

<sup>269</sup> Nousiainen – Pylkkänen 2001, s. 22.

<sup>270</sup> Ibid.

Viljasen mukaan hyvin samankaltaista kuin perusoikeuden rajoitusten arviointi, käsittelen lisäksi lyhyesti perusoikeuksien rajoitusperusteita.<sup>271</sup> Tämän osalta on kuitenkin pidettävä mielessä, että määritelmällisesti syrjinnän kieltä koskevan perusoikeuden rajoittamiselle ei ole esitettävissä mitään hyväksyttävää perustetta.

Ojasen ja Scheininin mukaan arvio erottelun hyväksyttävyydestä riippuu ainakin erottelun tarkoitusperästä (syystä) ja asteesta (vaikutuksista).<sup>272</sup> Erottelun tarkoitusperän osalta kyse on järkiperusteisesta perusteltavuudesta eli rationaalisuudesta, jolle asetetut vaatimukset ovat korkeat erityisesti säännöksessä lueteltujen kiellettyjen erotteluperusteiden osalta.<sup>273</sup> Erottelun astetta koskevassa tarkastelussa on puolestaan kyse kohtuullisuudesta tai suhteellisuudesta. Vaikka erottelu siis olisi rationaalisesti perusteltavissa, ei tämä vielä yksin riitä erottelun hyväksyttävyyden vaatimuksen täyttämiseksi. Rationaalinenkin erottelu on nimittäin katsottava syrjinnäksi siinä tapauksessa, että erottelu on asteeltaan niin voimakasta, ettei sinänsä rationaalinen peruste tee sitä oikeutetuksi.

Eri asemaan asettaminen sukupuolen perusteella edellyttää siis edellä mainitun mukaisesti hyväksyttävää perustetta, jonka arvioinnissa huomioon on otettava ainakin erottelun tarkoitusperä ja aste. Lisätulkinta-apua hyväksyttävyyсарviointiin voidaan kuitenkin hakea edellä esittämäni mukaisesti myös perusoikeuksien rajoittamista koskevista edellytyksistä. Perustuslakivaliokunta on listannut perusoikeuksien rajoittamista koskevia vaatimuksia muun muassa seuraavasti.<sup>274</sup> Rajoitusten tulee ensinnäkin perustua eduskunnan säätämään lakiin.<sup>275</sup> Lisäksi rajoitusten on oltava tarkkarajaisia ja riittävän täsmällisesti määritettyjä. Rajoitusperusteiden tulee olla myös hyväksyttäviä. Hyväksyttävyyden arvioinnissa merkitystä voi olla esimerkiksi Euroopan ihmisoikeussopimuksen vastaavanlaista oikeutta koskevilla määräyksillä. Perusoikeussäännöksiä on myös perusteltua tulkita yhdenmukaisesti ihmisoikeuksien kanssa eivätkä rajoitukset saa olla ristiriidassa Suomen kansainvälisten ihmisoikeusvelvoitteiden kanssa.

Rajoittamisen tulee olla myös painavan yhteiskunnallisen tarpeen vaatimaa. Perustuslakivaliokunta on pitänyt esimerkiksi pysyvän ylivelkaantumisen estämistä ja ylivelkaantumiseen

---

<sup>271</sup> Viljanen 2001, s. 57.

<sup>272</sup> Ojanen – Scheinin 2005, 2. Yhdenvertaisuus ja syrjinnän kieltö (PL 6 §) – Syrjinnän kieltö (2 momentti) – Syrjinnän käsite – Erottelun aste ja tarkoitus.

<sup>273</sup> PeVL 31/2013 vp, s. 3.

<sup>274</sup> PeVM 25/1994 vp, s. 5.

<sup>275</sup> Tavallisella lailla ei kuitenkaan voida säätää perusoikeuden ytimeen ulottuvaa rajoitusta.



liittyvien haittojen vähentämistä tällaisena yhteiskunnallisesti painavana perusteena rajoittaa omaisuuden suojaa.<sup>276</sup> Lisäksi rajoitusten on oltava suhteellisuusvaatimuksen mukaisia ja välttämättömiä tuon hyväksyttävän tarkoituksen saavuttamiseksi.

Kuten edellä esitellyistä erottelua koskevista hyväksyttävyyssperusteista ja perusoikeuksien rajoitusperusteista huomataan, ovat vaatimukset erottelun tekemiselle korkealla. Sen arviointi, milloin nämä vaatimukset täyttyvät, on ensi sijassa lainsäätäjän tehtävä, sillä erottelun olisi lähtökohtaisesti perustuttava lakiin. Perusoikeudet onkin alun perin säädetty suojamaan yksityisiä erityisesti valtion, ja yleisemminkin julkishallinnon, toimia vastaan.<sup>277</sup> Tässä tutkielmassa tarkastelun kohteena on kuitenkin syrjintäkiellon vaikutus yksityisten välisessä suhteessa. Tästä syystä kappaleen lopuksi on syytä käsitellä lyhyesti perusoikeuksien velvoittavuutta ja sovellettavuutta yksityisten välisissä suhteissa.

Vaikka perusoikeudet voidaan alun perin siis katsoa kehitetyn yksilön suojaksi valtion ja julkishallinnon toimia vastaan, on keskeisessä osassa nykyisin myös perusoikeuksien horisontaalinen vaikutus – siis vaikutus yksityisten välisissä suhteissa. Ajallisesti perusoikeuksien horisontaalivaikutuksen merkityksen kasvu voitaneen kiinnittää 90-luvun perusoikeusuudistukseen. Tuolloin perustuslakivaliokunta totesi, että *“perusoikeuksien asema yhteiskunnan perusarvoina korostaa niiden merkitystä myös yksityisten keskinäisissä suhteissa”*.<sup>278</sup> Tuori on kuvannut uudistuksen vaikutusta siten, että se vahvisti käsitystä, jonka mukaan perusoikeusnormit ovat koko oikeusjärjestyksemme perusnormisto, jolla on vaikutusta myös siviilioikeuden ydinalueilla.<sup>279</sup>

On kuitenkin oltava varovainen siinä tulkinnassa, että yksin perustuslakiuudistus olisi vahvistanut horisontaalivaikutuksen *“asemaa”*. Esimerkiksi Helin on todennut, että uudistuksen valmistelun päähuomio ei ollut perusoikeuksien horisontaalivaikutuksen arvioinnissa, ja, jos oletetaan, että säännöksillä oli tarkoitus muuttaa oikeuden käyttöjärjestelmä kokonaan, jouduttaiisiin valmistelua arvostelemaan ankarasti.<sup>280</sup> Helinin mukaan oppia perusoikeuksien horisontaalivaikutuksesta ei tulekaan nähdä lainsäätäjän ratkaisuna vaan perusoikeusdiskurssissa luotuna rakennelmana.

<sup>276</sup> Ks. esim. PeVL 28/2012 vp, s. 3.

<sup>277</sup> PeVM 25/1994 vp, s. 3.

<sup>278</sup> Ibid, s. 3.

<sup>279</sup> Tuori LM 1998, s. 1012.

<sup>280</sup> Helin 2012, s. 12.

Huolimatta siitä, mihin horisontaalisen vaikutuksen synnyinhetki voidaan paikantaa, on perusoikeuksilla, mukaan lukien yhdenvertaisuus ja syrjintäkielto, joka tapauksessa nykyään myös suoraa horisontaalista vaikutusta myös yksityisten välisissä suhteissa. Tyypillisesti syrjintäkiellon vaikutus välittyy yksityisten välisiin suhteisiin kuitenkin ensisijaisesti tavallisen lainsäädännön kautta.<sup>281</sup> Toisaalta on huomattava, että tavallisen lain tasoista säännöstä sovellettaessakin voi perusoikeuksilla olla vaikutusta lopputulokseen esimerkiksi perusoikeuksien tulkintavaikutuksen kautta. Seuraavassa käsitelen keskeisiä syrjintää koskevia kansallisia syrjintäsäännöksiä, tasa-arvolakia ja yhdenvertaisuuslakia (1325/2014, YL), joita sovelletaan myös yksityiseen luotonantotoimintaan.<sup>282</sup>

### 3.4 Tasa-arvolaki

Keskeisin sukupuolten välistä tasa-arvoa koskeva laki on tasa-arvolaki. Tasa-arvolaki on tavoitteellinen laki, jonka keskeinen tarkoitus on poistaa syrjintää ja edistää tasa-arvoa (TL 1 §). Pääpaino laissa on asetettu erityisesti työelämässä ilmenevän eriarvoisuuden poistamiseen (TL 1 §). Laki kuitenkin kieltää syrjinnän sukupuolen perusteella myös muussa yhteiskunnallisessa toiminnassa ja kaikilla elämänalueilla, joita ei nimenomaisesti ole rajattu lain soveltamisalan ulkopuolelle.<sup>283</sup>

Tasa-arvolain tavoitteena on sen säätämisestä saakka ollut se, että naisten ja miesten välinen tasa-arvo toteutuisi myös käytännössä.<sup>284</sup> Lain säätämiseen johtaneen hallituksen esityksen mukaan jokaisella tuli olla mahdollisuudet kehittää ja toteuttaa itseään omien edellytystensä mukaan sukupuolestaan riippumatta.<sup>285</sup> Lisäksi todettiin, että tasa-arvon saavuttaminen on myös laajemmin koko yhteiskunnan edun mukaista.<sup>286</sup> Tätä perusteltiin sillä, että mahdollistamalla naisille ja miehille yhtäläiset mahdollisuudet osallistua yhteiskunnan eri tehtäviin, saadaan kansakunnan henkiset voimavarat tehokkaammin käyttöön ja eri väestöryhmien tarpeet tehokkaammin huomioon otetuiksi.<sup>287</sup>

<sup>281</sup> Esimerkiksi Eriksson uumoili vuonna 1996 olevan hyvin todennäköistä, että syrjintäkiellon vaikutus tulee välittymään ensi sijaisesti yksityisten välisiin suhteisiin tavallisen lainsäädännön kautta. (Eriksson LM 1996, s. 867.) Toisaalta Eriksson ei poissulkenut suoran horisontaalisen vaikutuksen mahdollisuutta, vaan totesi sen merkityksen luultavasti kasvavan sitä mukaa kuin syrjintäkiellon asema vahvistuu oikeusjärjestyksessä.

<sup>282</sup> Luotonantotoiminta ei lukeudu tasa-arvolain 2§:n tai yhdenvertaisuuslain 2 §:n mukaisiin soveltamisalan rajoituksiin.

<sup>283</sup> HE 195/2004 vp, s. 3. Näin ollen laki soveltuu myös luotonantotoimintaan, sillä sitä ei ole rajattu lain soveltamisalan ulkopuolelle.

<sup>284</sup> HE 57/1985 vp, s. 3.

<sup>285</sup> *Ibid.*

<sup>286</sup> *Ibid.*

<sup>287</sup> *Ibid.*

Tasa-arvolaki kieltää sekä välillisen että välittömän syrjinnän (TL 7.1 §). Välittömällä sukupuoleen perustuvalla syrjinnällä tarkoitetaan tasa-arvolain 7.2 §:n mukaan naisten ja miesten asettamista eri asemaan sukupuolen perusteella, eri asemaan asettamista raskaudesta tai synnytyksestä johtuvasta syystä ja eri asemaan asettamista sukupuoli-identiteetin tai sukupuolen ilmaisun perusteella. Sukupuoleen perustuvana syrjintänä ei kuitenkaan ole pidettävä väliaikaisia, suunnitelmaan perustuvia erityistoimia tosiasiallisen tasa-arvon edistämiseksi, joilla pyritään lain tarkoituksen toteuttamiseen (TL 9 §).

Tasa-arvolaissa välillisellä sukupuoleen perustuvalla syrjinnällä tarkoitetaan ensinnäkin eri asemaan asettamista sukupuoleen, sukupuoli-identiteettiin tai sukupuolen ilmaisuun nähden neutraalilta vaikuttavan säännöksen, perusteen tai käytännön nojalla, jos menettelyn vaikutuksesta henkilöt voivat tosiasiallisesti joutua epäedulliseen asemaan sukupuolen perusteella (TL 7.3,1 §). Toisekseen välillisellä sukupuoleen perustuvalla syrjinnällä tarkoitetaan eri asemaan asettamista vanhemmuuden tai perheenhuoltovelvollisuuden perusteella (TL 7.3,2 §). Tasa-arvolain 7.3 §:ssa tarkoitettu menettely ei kuitenkaan ole syrjintää, jos sillä pyritään hyväksyttävään tavoitteeseen ja valittuja keinoja on pidettävä aiheellisina ja tarpeellisina tähän tavoitteeseen nähden (TL 7.4 §).

Tasa-arvolaissa säädetään myös erikseen syrjinnästä tavaroiden ja palvelujen saatavuudessa ja tarjonnassa. Tavaroiden tai palvelujen tarjoajan menettelyä on pidettävä laissa kiellettynä syrjintänä, jos henkilö asetetaan julkisella tai yksityisellä sektorilla yleisesti saatavilla olevien tavaroiden ja palvelujen tarjonnassa sukupuolen perusteella muita epäedullisempaan asemaan tai häntä muutoin kohdellaan (syrjinnän kieltoa koskevassa) 7 §:ssä tarkoitettulla tavalla (TL 8 e §, 1 mom.). Tavaroiden ja palvelujen tarjoaminen yksinomaan tai pääasiallisesti toisen sukupuolen edustajille on kuitenkin sallittua, jos se on perusteltua oikeutetun tavoitteen saavuttamiseksi ja tähän tavoitteeseen pyritään asianmukaisin ja tarpeellisin keinoin (TL 8 e §, 2 mom.). Myös tasa-arvolain mukaan sukupuoleen perustuva erottelu palveluiden tarjonnassa on siis lähtökohtaisesti kiellettyä. Kuitenkin, jos erottelu on perusteltua oikeutetun tavoitteen saavuttamiseksi, katsotaan se sallituksi, jos tähän tavoitteeseen pyritään asianmukaisin ja tarpeellisin keinoin.

Ensisijaisessa vastuussa osoittaa, että toiminnalla on ollut oikeutettu tavoite, on syrjintäoletta-  
man synnyttyä erottelun tekijä. Tasa-arvolain todistustaakkasäännöksen mukaan, jos joku, joka katsoo joutuneensa tasa-arvolaissa laissa tarkoitettua syrjinnän kohteeksi, esittää laissa tarkoitettua asiaa tuomioistuimessa tai toimivaltaisessa viranomaisessa käsiteltäessä

tosiseikkoja, joiden perusteella voidaan olettaa, että kyseessä on syrjintä sukupuolen perusteella, vastaajan on osoitettava, ettei sukupuolten välistä tasa-arvoa ole loukattu, vaan että menettely on johtunut muusta, hyväksyttävästä seikasta kuin sukupuolesta (TL 9 a §).<sup>288</sup> Syrjintäolettamien luomiseksi vireillepanijan on siis esitettävä näyttöä, jonka perusteella näyttää ilmeiseltä, että kyseessä on ollut kielletty syrjintä.<sup>289</sup> Kun syrjintäolettaja on syntynyt, kääntyy todistustaakka. Tällöin vastapuolen on olettamien kumotakseen osoitettava, ettei hänen menettelynsä tosiasiallisesti ole ollut syrjivää.<sup>290</sup>

Syrjintäolettamien luomiseksi kantajan tulisi hallituksen esityksen mukaan osoittaa, että hän ”on joutunut eri asemaan verrattuna toista sukupuolta olevaan verrokkiin tai verrokkiin, joka eroaa kantajasta sukupuoleen liittyvän syyn osalta, taikka verrattuna tilanteeseen, missä syrjintäperusteeksi epäiltyä sukupuoleen liittyvää syytä (esimerkiksi raskaus) ei olisi ollut”.<sup>291</sup> Esimerkiksi aiemmin mainitussa yhdenvertaisuus- ja tasa-arvolautakunnan päätöksessä<sup>292</sup> kyettiin näyttämään, että miessukupuolta edustanut hakija oli joutunut luoton saannin suhteen eri asemaan verrattuna hypoteettiseen naispuoliseen verrokkiin, joka olisi samassa tilanteessa saanut enemmän pisteitä sukupuolensa perusteella ja sitä myötä saanut myönteisen luottopäätöksen. Tapauksessa syrjintäolettaja siis katsottiin (osin) tämän perusteella kääntyneen.

Jos kantajan esittämä näyttö riittää kääntämään todistustaakan on vastapuolen olettamien kumotakseen siis osoitettava, ettei hänen menettelynsä tosiasiallisesti ole ollut syrjivää.<sup>293</sup> Hallituksen esityksen mukaan vastapuolen on osoitettava ettei syrjinnän kieltoa ole rikottu näyttämällä toteen, että menettely on perustunut muuhun, hyväksyttävään syyhyn kuin sukupuoleen tai seikkaan, joka liittyy sukupuoleen.<sup>294</sup> Anttila taas on ilmaissut asian siten, että vastapuolen on näytettävä ettei kantaja ole joutunut eri asemaan, ettei eri asemaan joutuminen ole perustunut kiellettyyn syrjintäperusteeseen tai, että menettely on oikeutettavissa.<sup>295</sup>

<sup>288</sup> Pykälässä säädettyä ei sovelleta rikosasian käsittelyssä (TL 9 a §)

<sup>289</sup> Ks. esim. HE 195/2004 vp, s. 38.

<sup>290</sup> *Ibid.*

<sup>291</sup> HE 195/2004 vp, s. 39.

<sup>292</sup> Yhdenvertaisuus- ja tasa-arvolautakunta 21.3.2018 (216/2017)

<sup>293</sup> Ks. esim. HE 195/2004 vp, s. 38.

<sup>294</sup> HE 195/2004 vp, s. 39.

<sup>295</sup> Anttila OTJP 2005, s. 94.

### 3.5 Yhdenvertaisuuslaki

Sukupuoleen perustuvaa syrjintää ja tasa-arvon edistämistä koskeviin asioihin sovelletaan läh-  
tökohtaisesti tasa-arvolakia.<sup>296</sup> Sukupuolta koskevissa syrjintätapauksissa sovellettavaksi voi  
kuitenkin tietyin edellytyksin tulla myös yhdenvertaisuuslaki. Yhdenvertaisuuslain soveltamis-  
alaan kuuluvat kaikki sellaiset erilaisen kohtelun tilanteet, jossa kaksi tai useampi henkilöön  
liittyvä seikka yhdessä johtavat siihen, että henkilön erilainen kohtelu on kiellettyä syrjintää.<sup>297</sup>  
Yhdenvertaisuuslaki voi siis tulla sovellettavaksi sukupuolta koskevissa syrjintätapauksissa  
sellaisissa tilanteissa, joissa on kysymys paitsi sukupuoleen perustuvasta syrjinnästä, myös mo-  
niperusteisesta syrjinnästä.<sup>298</sup> Hallituksen esityksen mukaan tällaisesta tilanteesta voi olla  
kysymys esimerkiksi silloin, kun henkilöä ilman hyväksyttävää syytä kohdellaan muihin  
verrattuna eri tavalla sekä hänen sukupuolensa että ikänsä perusteella.<sup>299</sup>

Yhdenvertaisuuslain 8 § koskee syrjinnän kieltoa. Sen mukaan ketään ei saa syrjiä iän,  
alkuperän, kansalaisuuden, kielen, uskonnon, vakaumuksen, mielipiteen, poliittisen toiminnan,  
ammattiyhdistystoiminnan, perhesuhteiden, terveydentilan, vammaisuuden, seksuaalisen  
suuntautumisen tai muun henkilöön liittyvän syyn perusteella. Sukupuolta ei ole mainittu yh-  
denvertaisuuslain mukaisena syrjintäperusteena, mutta se voidaan edellä todetun mukaisesti  
kuitenkin ottaa huomioon risteävän syrjinnän tapauksissa yhtenä seikkana, joka muiden seik-  
kojen kanssa yhdessä johtaa siihen, että henkilön erilainen kohtelu on kiellettyä syrjintää.

Yhdenvertaisuuslaki kieltää syrjintänä välittömän ja välillisen syrjinnän (YL 8.2 §).<sup>300</sup> Lain 9  
§:n mukaan kuitenkin sellainen oikeasuhtainen erilainen kohtelu, jonka tarkoituksena on  
tosiasiallisen yhdenvertaisuuden edistäminen taikka syrjinnästä johtuvien haittojen  
ehkäiseminen tai poistaminen, ei kuitenkaan ole syrjintää. Syrjintä on lain 10 §:n mukaan vä-  
littöntä, jos jotakuta kohdellaan henkilöön liittyvän syyn perusteella epäsuotuisammin kuin  
jotakuta muuta on kohdeltu, kohdellaan tai kohdeltaisiin vertailukelpoisessa tilanteessa. Erilai-  
nen kohtelu ei kuitenkaan lain ole syrjintää, jos kohtelu perustuu lakiin ja sillä muutoin on  
hyväksyttävä tavoite ja keinot tavoitteen saavuttamiseksi ovat oikeasuhtaisia (YL 11.1 §). Läh-  
tökohtaisesti syrjintäperusteisiin perustuvan erilaisen kohtelun olisi siis perustuttava lakiin.

---

<sup>296</sup> HE 19/2014 vp, s. 57.

<sup>297</sup> *Ibid.*

<sup>298</sup> *Ibid.*

<sup>299</sup> *Ibid.*

<sup>300</sup> Lisäksi laissa tarkoitettu syrjintää on häirintä, kohtuullisten mukautusten epääminen sekä ohje tai käsky syrjiä.  
(YL 8.2 §)

Erilainen kohtelu on kuitenkin oikeutettua siinäkin tapauksessa, että kohtelun oikeuttamisperusteista ei ole säädetty, jos kohtelulla on perus- ja ihmisoikeuksien kannalta hyväksyttävä tavoite ja keinot tavoitteen saavuttamiseksi ovat oikeasuhtaisia (YL 11.2 §).<sup>301</sup>

Yhdenvertaisuuslain 13 §:n mukaan syrjintä on välillistä, jos näennäisesti yhdenvertainen sääntö, peruste tai käytäntö saattaa jonkun muita epäedullisempaan asemaan henkilöön liittyvän synn perusteella, paitsi jos säännöllä, perusteella tai käytännöllä on hyväksyttävä tavoite ja tavoitteen saavuttamiseksi käytetyt keinot ovat asianmukaisia ja tarpeellisia. Yhdenvertaisuuslaista löytyy myös pitkälti tasa-arvolain todistustaakkasäännöstä vastaava säännös, jonka mukaan vireillepanijan on syrjintää tai vastatoimia koskevaa asiaa tuomioistuimessa tai muussa viranomaisessa käsiteltäessä esitettävä selvitystä seikoista, joihin vaatimus perustuu (YL 28 §). Jos asiaa käsiteltäessä esitettyjen selvitysten perusteella voidaan olettaa syrjinnän tai vastatoimien kieltoa rikotun, vastapuolen on kumotakseen oletuksen osoitettava, että kieltoa ei ole rikottu (YL 28 §).<sup>302</sup>

Tässä käsittelyluvussa olen käynyt läpi tärkeimpien syrjinnän vastaisen oikeuden säännösinstrumenttien taustaa ja sisältöä. Seuraavassa käsittelyluvussa tulkitson niiden perusteella syntyvien syrjinnän konstruktoiden ominaispiirteitä tarkemmin ja esitän lopuksi johtopäätelmiä siitä, miten ne suhteutuvat ensimmäisessä käsittelyluvussa esittelemiini algoritmisen syrjinnän määritelmiin.

---

<sup>301</sup> Säännöstä ei kuitenkaan sovelleta kun kyse on 1) julkisen vallan käytöstä tai julkisen hallintotohtävän hoidosta; 2) itsenäisen ammatin tai elinkeinon harjoittamisen edellytyksistä taikka elinkeinotoiminnan tukemisesta; 3) koulutuksen, mukaan lukien erikoistumis- ja uudelleen koulutuksen, tai ammatillisen ohjauksen saamisesta; 4) jäsenyydestä tai toiminnasta työntekijä- tai työnantajajärjestössä tai muussa järjestössä, jonka jäsenillä on tietty ammatti, taikka järjestön antamista etuuksista; 5) erilaisesta kohtelusta etnisen alkuperän perusteella. (YL 11.2 §)

<sup>302</sup> Pykälässä säädettyä ei sovelleta rikosasian käsittelyssä. (YL 28 §)

## 4 OIKEUSLÄHTEISIIN SISÄLTYVIEN SYRJINNÄN KONSTRUKTIOIDEN ANALYYSI

### 4.1 Syrjinnän sääntelyn monikerroksellisuus ja sukupuoleen perustuvan erottelun hyväksyttävyyssarviointi

Kuten edellisen käsittelyluvun kautta tulee esiin, on syrjinnän sääntely hajaantunut moniin eri oikeuslähteisiin. Syrjintäkielto sisältyy esimerkiksi Euroopan ihmisoikeussopimukseen, EU:n perusoikeuskirjaan, EU:n sekundaarisäännöksiin, Suomen perustuslakiin ja kansallisiin tavalisen lain tasoisiin säädöksiin. Syrjinnän vastainen oikeus koostuu siis monista eri osista, mutta näitä osia ei voida pitää toisistaan täysin erillisinä. Ojanen on kuvannut yhdenvertaisuutta ja syrjinnän kieltä perus- ja ihmisoikeuksien suojajärjestelmissä kolmiosaisena venn-diagrammina, jonka yhden osan muodostaa perustuslain 6 §, toisen osan kansainväliset ihmisoikeussopimukset ja kolmannen osan EU:n perusoikeusjärjestelmä.<sup>303</sup> Samoin Anttilan mukaan EU-oikeudellisten perusoikeusnormien, Euroopan ihmisoikeussopimuksen ja jäsenvaltioiden kansallisten perusoikeusnormien välillä vallitsee ns. interlegaliteetin tilanne<sup>304</sup>, millä viitataan eri oikeusjärjestysten väliseen vuorovaikutukseen ja jopa osittaiseen päällekkäisyyteen ja sekoittumiseen.<sup>305</sup>

Vaikka syrjintäsääntely on jakaantunut eri osiin, on näiden kaikkien sisältämälle sukupuoleen perustuvan syrjinnän kiellolle yhteistä enemmän tai vähemmän se, että sukupuoleen perustuva erottelu, tai eri asemaan asettaminen sukupuolen perusteella, on lähtökohtaisesti kiellettyä, mutta kuitenkin sallittua tiettyjen ehtojen täyttyessä. Menettelyn katsominen sukupuolisyrjinnäksi edellyttää siis ainakin teoriassa kolmen ehdon täyttymistä: erottelua on tapahtunut, erottelu on perustunut sukupuoleen ja erottelulle ei ole esitettävissä perustetta, joka tekisi sen sallituksi.

Se, millä perustein erottelun sallittavuutta arvioidaan, vaihtelee sääntelyinstrumenteittain. EU-doktriinissa eron tekeminen sallitaan, jos se on objektiivisesti oikeutettavissa.<sup>306</sup> Välillisen syrjinnän osalta voidaan viitata Euroopan unionin tuomioistuimen kehittämään ns. puolueettoman perusteen kriteeriin, jonka mukaan olennaista on se, onko erottelun perusteella puolueettomasti perusteltavissa oleva oikeutettu tavoite ja ovatko tavoitteen saavuttamiseksi käytetyt keinot

<sup>303</sup> Ojanen 2019, s. 6.

<sup>304</sup> Anttila 2013, s. 7.

<sup>305</sup> *Ibid.*

<sup>306</sup> C 810/79 Peter *Überschär* v Bundesversicherungsanstalt für Angestellte EU:C:1980:228, kohta 16.

asianmukaisia ja tarpeellisia. Puolueettoman perusteen kriteerin sisällön määrittämiseksi voidaan myös tarkastella Euroopan unionin tuomioistuimen *Bilka* -tapausta, jossa tuomioistuin sovelsi puolueettoman perusteen kriteerin täyttymisen testiä. Tapauksessa tuomioistuin totesi, että jos työnantajan valitsema keino vastaa yrityksen todellista tarvetta, soveltuvat yrityksen asettaman tavoitteen saavuttamiseen ja ovat tuon tavoitteen saavuttamiseksi välttämättömiä, ei sukupuoleen perustuvan syrjinnän osoittamiseksi riitä se, että toimenpiteet koskevat suurempaa määrää naisia kuin miehiä.<sup>307</sup> Euroopan unionin tuomioistuimen käytäntöön tukeutuen ei toisaalta voida kovin tarkasti selvittää, mitä puolueettoman perusteen kriteeri pitää tarkalleen ottaen sisällään, sillä tuomioistuin on tyypillisesti jättänyt kysymyksen kansallisen tuomioistuimen harkittavaksi.<sup>308</sup> Sääntelyä on kuitenkin tulkittu siten, että puolueettoman perusteen kriteerin kautta erottelun hyväksyttävyyssperusteet ovat EU-oikeudessa välillisen syrjinnän kohdalla laajemmat kuin välittömän syrjinnän kohdalla.<sup>309</sup>

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen käytännössä erilainen kohtelu ei ole syrjintää siinä tapauksessa, että valtio kykenee esittämään erilaiselle kohtelulle objektiivisen ja kohtuullisen oikeutusperusteen ja noudattaa suhteellisuusperiaatetta.<sup>310</sup> Ihmisoikeustuomioistuin on kuitenkin todennut, että sukupuoleen perustuvalle erottelulle esitettyjen perustelujen tulisi olla erittäin painavia, jotta erottelun voitaisiin katsoa olevan yhteensopiva ihmisoikeussopimuksen kanssa.<sup>311</sup> Tuomioistuin on lisäksi todennut, että viittaukset traditioihin, yleisiin oletuksiin tai vallitseviin sosiaalisiin asenteisiin ovat riittämättömiä oikeutusperusteita sukupuoleen perustuvalle erilaiselle kohtelulle.<sup>312</sup> Edelleen tuomioistuin on selventänyt erotteluun liittyvän ongelman taustaa siten, että yhteiskunnallisten ryhmien stereotypioimiseen liittyvä ongelma on siinä, että se estää yksilöiden kapasiteetin ja tarpeiden individualisoidun arvioimisen.<sup>313</sup>

Perustuslain yhdenvertaisuussäännöksen osalta sukupuoleen perustuvan erottelun hyväksyttävyyssarvio kohdistuu siihen, onko erottelulle esitettävissä perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttävä peruste ja onko erottelun aste perusteeseen nähden oikeasuhtaista.<sup>314</sup> Perustuslakivaliokunta on todennut, että perustelulle asetettavat vaatimukset ovat erityisesti perustuslain

<sup>307</sup> C 170/84 *Bilka* - Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz EU:C:1986:204, kohta 36.

<sup>308</sup> Craig – de Búrca 2015, s. 947.

<sup>309</sup> *Ibid.*, s. 938.

<sup>310</sup> *Belgian Linguistic* -tapaus (1968), A6, sec. I B, kohta 10.

<sup>311</sup> Ks. esim. Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugali (2017), kohta 46 ja Konstantin Markin v. Venäjä (2012), kohta 127.

<sup>312</sup> Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugali (2017), kohta 46 ja Konstantin Markin v. Venäjä (2012), kohta 127.

<sup>313</sup> Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugali (2017), kohta 46.

<sup>314</sup> Esim. PeVL 31/2013 vp, s. 3.



syRJintäkieltosäännöksessä lueteltujen kiellettyjen erotteluperusteiden, kuten sukupuolen, kohdalla korkeat.<sup>315</sup> Eriksson totesi kuitenkin vuonna 1996, että perustuslakivaliokunta oli syrjintäkieltoon liittyvien tulkintojen osalta liikkunut erittäin korkealla abstraktiotasolla, eikä ollut juurikaan kehitellyt esittämiään tulkintakriteerejä.<sup>316</sup> Eriksson totesikin, että perustuslakivaliokunnan kannanotot legitiimin päämäärän osalta olivat jääneet paljolti ad hoc -kannanotoiksi, eikä se ollut kehitellyt varsinaista erottelujen oikeuttamistestiä.<sup>317</sup> Erikssonin mukaan silloisen tulkintalinjan nojalla oli siis hyvin vaikea päätellä, mitkä syrjintäkiellon sisällölliset rajat ja oikeudellinen merkitys tosiasiaassa olivat.<sup>318</sup>

Erikssonin kritiikki on nähdäkseni edelleen ajankohtaista. Perustuslakivaliokunnan lausunnoissa viitataan edelleen säännöllisesti kriteeristöön<sup>319</sup>, jota voidaan pitää varsin abstraktina. Samoin perusoikeuksien rajoitusten arviointikriteeristöä voidaan pitää melko yleisluontoisena.<sup>320</sup> Näin ollen on hyvin vaikeaa pyrkiä kovin tarkasti arvioimaan riittäisikö esimerkiksi vetoaminen virhetodennäköisyyksien tasaamiseen hyväksyttäväksi perusteeksi sukupuolipisteytykselle perusoikeusdoktriinin kannalta. Samankaltainen ongelma liittyy ihmisoikeussopimuksen syrjintädoktriiniin. Esimerkiksi Anttila on todennut, ettei Euroopan ihmisoikeustuomioistuimissa aina perustele, miksi se on päättänyt toteamaan, ettei menettelylle ole objektiivisia tai kohtuullisia perusteita tai lainkaan tarkastele sitä, ovatko hyväksyttävän tavoitteen saavuttamiseksi käytetyt keinot suhteellisuusperiaatteen mukaisia.<sup>321</sup>

Kun perusoikeussäännöksiä on kuitenkin konkretisoitu tavallisen lain tasoisilla säännöksillä, kuten tasa-arvolaille, voitaisiin asiaa pyrkiä selvittämään niiden kautta. Tasa-arvolaille pyritään kuitenkin erityisesti työelämän tasa-arvoon. Lieneekin luonnollista, että myös oikeuskäytäntö on keskittynyt erityisesti työelämän syrjintätapauksiin. Tältä osin lakia koskevasta oikeuskäytännöstäkin onkin löydettävissä vain vähän lisätukea arvion tekemiseen tämän tutkielman kontekstissa. Oikeuskäytännöstä voidaan tosin mainita korkeimman hallinto-oikeuden tapaus KHO 2015:8, joka liittyi lakisääteistä sosiaaliturvaa koskevan direktiivin 79/7/ETY<sup>322</sup>

<sup>315</sup> Ks. esim. PeVL 31/2013 vp, s. 3.

<sup>316</sup> Eriksson LM 1996, s. 870.

<sup>317</sup> *Ibid.*, s. 871.

<sup>318</sup> *Ibid.*

<sup>319</sup> Esimerkiksi ”perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttävä peruste”, ”korkeat perustelulle asetettavat vaatimukset”, ”oikeasuhtaisuus” (PeVL 31/2013 vp, s. 3).

<sup>320</sup> PeVM 25/1994 vp, s. 5.

<sup>321</sup> Anttila 2013, s. 163–164.

<sup>322</sup> Neuvoston direktiivi 79/7/ETY, annettu 19 päivänä joulukuuta 1978 miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaatteen asteittaisesta toteuttamisesta sosiaaliturvaa koskevissa kysymyksissä (EYVL, N:o L 6/24, 10.1.1979, s. 111–112).

soveltamiseen koskien haittarahakorvauksen lakiin kirjattuja määräytymisperusteita. Unionin tuomioistuin lausui korkeimman hallinto-oikeuden ennakkoratkaisupyynnön johdosta, että direktiivin artiklan 4 kohtaa 1 on tulkittava siten, että se on esteenä sellaiselle kansalliselle sääntelylle, jonka perusteella työtapaturman johdosta suoritettavan lakisääteisen sosiaalietuuden vakuutusmatemaattisena laskentaperusteena käytetään naisten ja miesten erilaisia elinajanodotteita, kun tällaista perustetta käyttäen miehelle suoritettava tämän etuuden kertakorvaus muodostuu pienemmäksi kuin saman ikäisen ja vastaavassa tilanteessa olevan naisen saama korvaus. Haittarahakorvauksen tarkoituksena on hyvittää työtapaturman seurauksia henkilön koko jäljellä olevan eliniän. Kun oikeuskysymyksen reaalinen konteksti eroaa hyvin selkeästi tutkielman käsittelemästä kontekstista, ei tapauksesta kuitenkaan nähdäkseni ole juurikaan tulkinnallista hyötyä käsillä olevaan tutkimuskysymykseen vastaamisessa.

Edellä esitetyt rajoitukset huomioiden, voidaan kuitenkin todeta, että sen arvioimiselle, onko tapahtunut erottelu oikeutettavissa, on löydettävissä suuntaviivoja niin perusoikeusdoktriinista kuin Euroopan unionin tuomioistuimen ja EIT:n käytännöstäkin. Sen sijaan siihen, millä perusteella arvioidaan sitä, onko erottelua tapahtunut, ja sitä, onko erottelu perustunut sukupuoleen, on löydettävissä vähemmän ohjeita. Sitä, mitä sukupuoleen perustuvalla erottelulla oikeastaan tarkoitetaan, voidaan kuitenkin pyrkiä selvittämään tarkastelemalla syrjinnän määritelmiä ja aatehistoriallisia juuria.

#### 4.2 Syrjintäsääntelyn yhteydestä yhdenvertaisuuden formaaliin ehtoon

Oikeuskirjallisuudessa tavataan palata syrjinnän perusmääritelmän osalta aristoteeliseen filosofiaan ja “Nikomakhoksen etiikkaan”.<sup>323</sup> Aristoteles esitti, että oikeudenmukaisuuden toteutumiseksi samanlaisia on kohdeltava samalla lailla ja erilaisia eri lailla.<sup>324</sup> Sääntöä voidaan kutsua yhdenvertaisuuden formaaliksi ehdoksi<sup>325</sup> tai yhdenvertaisen kohtelun periaatteeksi.<sup>326</sup>

On perusteltua todeta, että syrjinnänvastainen lainsäädäntö perustuu yhdenvertaisuuden formaaliin ehtoon. Esimerkiksi Eriksson on syrjintäkieltoa koskevassa artikkelissaan todennut yhdenvertaisuusperiaatteen oikeudellisen ytimen olevan siinä, että samanlaisissa tilanteissa ihmisiä on kohdeltava samalla tavalla ja erilaisissa tilanteissa eri tavoin.<sup>327</sup> *Überschär* -

<sup>323</sup> Ks. esim. Aristoteles 2005.

<sup>324</sup> Nousiainen – Pylkkänen 2001, s. 17.

<sup>325</sup> Buchanan – Mathieu 1986, s. 15.

<sup>326</sup> Nousiainen – Pylkkänen 2001, s. 17.

<sup>327</sup> Eriksson LM 1996, s. 862

tapauksessa Euroopan unionin tuomioistuin taas totesi yhdenvertaisen kohtelun periaatteen tarkoittavan sitä, että samanlaisia ei saa kohdella eri lailla, ellei eron tekeminen ole objektiivisesti oikeutettavissa.<sup>328</sup> Esimerkiksi *D.H.* -tapauksessa EIT taas totesi, että syrjintä tarkoittaa relevantisti samanlaisessa tilanteessa olevin ihmisten erilaista kohtelua ilman objektiivista ja kohtuullista (reasonable) oikeutusperustetta.<sup>329</sup>

On ymmärrettävää, että lainsäädännössä yhdenvertaisuuden (ja sitä kautta syrjintäkiellon) määritelmässä on tukeuduttu yhdenvertaisuuden formaaliin ehtoon, sillä ehdon vaikutus länsimaaisessa filosofisessa ja poliittisessa ajattelussa on ollut huomattava. Esimerkiksi Hart on todennut, että ihmisten oikeus tulla kohdelluksi yhdenvertaisesti (lain edessä) näyttää olevan modernissa yhteiskunnassa jokseenkin universaalisti sisäistetty oletus siten, että sen *prima facie* –luonnetta puolustetaan varsin laajasti sellaisissakin tapauksissa, joissa yhdenvertaisuuden vaatimuksesta kuitenkin päädytään poikkeamaan.<sup>330</sup>

Säännön käytännön soveltamisen haastaa kuitenkin se, ettei ole olemassa kahta tai useampaa ihmistä, jotka olisivat toistensa kanssa samanlaisia (tai erilaisia) kaikkien mahdollisten ominaisuuksiensa osalta. Yhdenvertaisuuden formaalia ehdon määritelmää voidaankin tarkentaa siten, ettei ehto edellytä samanlaisuutta tai erilaisuutta kaikkien ominaisuuksien osalta vaan riittävää on samanlaisuus tai erilaisuus kussakin tilanteessa relevanttien seikkojen osalta. Esimerkiksi Buchanan ja Mathieu ovat tarkentaneet ehtoa siten, että yhdenvertaisuuden takamiseksi samanlaisia on kohdeltava samalla lailla ja erilaisia eri lailla oikeassa suhteessa heidän relevanttiin samankaltaisuuteensa ja erilaisuuteensa nähden.<sup>331</sup> Nämäkin tarkennukset huomiioon ottaen, jää säännön soveltaminen kuitenkin mahdottomaksi ilman sääntöjä siitä, miten relevantit seikat valitaan/määritetään.<sup>332</sup> Näin ollen yhdenvertaisuuden formaalin ehdon soveltaminen käytännössä edellyttää yhdenvertaisuuden sisällöllisen käsityksen<sup>333</sup> luomista.

Yhdenvertaisuuden sisällöllisen käsityksen luominen, eli sen määrittäminen, milloin ihmiset ovat relevantisti samanlaisia ja milloin erilaisia, ei ole yksinkertainen, saati arvovalinnoista vapaa, tehtävä. Esimerkiksi Lundström on väitöskirjassaan todennut, että samanlaisuuden käsite itsessään edellyttää jonkinlaista valtaa pitävien välillä vallitsevaa sosiaalista konsensusta

<sup>328</sup> C 810/79 *Peter Überschar v Bundesversicherungsanstalt für Angestellte* EU:C:1980:228, kohta 16.

<sup>329</sup> *D.H.* ym. v. Tšekki (2007), kohta 175.

<sup>330</sup> Hart ym. 2012, s. 162.

<sup>331</sup> Buchanan – Mathieu 1986, s. 17.

<sup>332</sup> *Ibid.*

<sup>333</sup> Räikkä 2016, s. 9.

siitä, minkälaisten erojen katsotaan tietyssä kontekstissa olevan merkityksettömiä.<sup>334</sup> Feinbergin mukaan taas kussakin tilanteessa sopivien periaatteiden valinta on tapauskohtaista ja väistämättä moraaliin linkittyvää toimintaa.<sup>335</sup> Myös Tobler on todennut, että tämänkaltaisen päätöksen tekeminen on aina erottamattomasti arvopohjainen päätös.<sup>336</sup>

Vaikka sisällöllisen käsityksen luominen ei ole yksinkertainen tehtävä, on se kuitenkin säännön käytännön soveltamisen kannalta avainasemassa, sillä yhdenvertaisuuden formaalin ehdon soveltaminen voi johtaa jopa täysin vastakkaisiin lopputuloksiin riippuen siitä, miten samanlaisuus ja erilaisuus määritellään. Eri instrumenttien syrjintäsäännöksiä tulkiten voidaan kuitenkin tehdä vain vähän päätelmiä siitä, miten samanlaisuus- ja erilaisuusarvio tulisi tehdä. Lähelläköhdäksi lainsäädännössä voidaan tulkita omaksutun sen, että sukupuoli on pääsääntöisesti katsottava siten merkityksettömäksi ihmisiä erottavaksi tekijäksi, että eri sukupuolia edustavat ihmiset olisi tulkittava sukupuolierosta huolimatta samanlaisiksi. Pääsäännöstä huolimatta lainsäädännössä ei kuitenkaan voida tulkita omaksutun kantaa, jonka mukaan sukupuoliero olisi aina merkityksetön. Erotteluhan on tiettyjen ehtojen täytyessä sallittua. Lisäksi voidaan todeta lainsäädännössä jopa edellytettävän sukupuolten välisten erojen huomioimista joissakin tilanteissa – esimerkiksi raskaussyrjintää koskevassa doktriinissa tärkeänä on pidetty nimenomaan erilaisuuden huomioimista.<sup>337</sup>

Pelkästään lainsäädännön teksteihin tukeutuen on siis vaikea tehdä tarkkoja johtopäätöksiä siitä, milloin ihmisiä (ja tilanteita) on pidettävä samanlaisina ja milloin erilaisina. Ratkaisua voitaisiin pyrkiä löytämään myös esimerkiksi lainvalmisteluasiakirjoista ja oikeuskäytännöstä. EU-oikeuden osalta esimerkiksi Tobler on kuitenkin todennut, että Euroopan unionin tuomioistuimen ratkaisukäytäntö ei anna juurikaan käytännön ohjeita sen suhteen miten tällainen erottelu toteutetaan.<sup>338</sup> Eriksson taas totesi vuonna 1996, että oikeuskäytäntö ja perusoikeusdoktriini ovat välttäneet ottamasta selvää kantaa siihen, millä kriteereillä pitää arvioida, milloin asiaan vaikuttavat olosuhteet ovat samanlaisia.<sup>339</sup> Myös Anttila on todennut, ettei vertailtavuusperiaate ole käytännössä ollut lainkaan esillä syrjintäolettamaa luotaessa, vaan pääpaino on ollut menettelyn hyväksyttävyyden arvioinnissa.<sup>340</sup> Anttila onkin todennut, ettei

---

<sup>334</sup> Lundström 1999, s. 38.

<sup>335</sup> Feinberg 1973, s. 102.

<sup>336</sup> Tobler 2013, s. 462.

<sup>337</sup> Ks. esim. Anttila OTJP 2005, s. 87.

<sup>338</sup> Tobler 2013, s. 462.

<sup>339</sup> Eriksson LM 1996, s. 871.

<sup>340</sup> Anttila 2013, s. 361.

ihmisten samankaltaisuuden tai erilaisuuden määrittelyyn ole oikeusjärjestyksessä juurikaan välineitä.<sup>341</sup>

Vaikka perusoikeusdoktriini ei yllä kuvatulla tavalla anna samanlaisuusarvion tekemiseen juurikaan keinoja, vaikuttaa yhdenvertaisuuden formaalin ehdon soveltamisen lopputulokseen kuitenkin teorian tasolla keskeisesti se, miten tietyn kohtelun kohteena olevien ihmisten keskinäinen samanlaisuus/erilaisuus määritetään. Lisäksi on huomattava, että yhdenvertaisuuden formaalin ehdon soveltamisen lopputulokseen vaikuttaa myös se, miten arvio itse *kohtelun* samanlaisuudesta/erilaisuudesta toteutetaan. Tämä voidaan nähdäkseni nähdä ainakin osittain eri kysymyksenä kuin kysymystä siitä, miten ihmisten/tilanteiden samanlaisuusarvio toteutetaan.

Vaikka ihmisten ja tilanteiden, ja toisaalta kohtelun, samanlaisuuden ja erilaisuuden määrittelyyn ei ole juurikaan välineitä, voidaan tarkastella syrjinnän toteen näyttämistä koskevia oikeudellisia oppeja siihen kysymykseen vastaamiseksi, milloin eri asemaan asettamista/erottelua voidaan katsoa tapahtuneen. Keskeisessä asemassa näyttäisi olevan syy-yhteyden luominen erilaisen kohtelun ja sukupuolen välillä. Nähdäkseni syy-yhteyden luomiseen linkittyvän vertailukelpoisen tilanteen opin taustalla voidaan nähdä kausaalisuhdetta koskeva manipuloitavuusteoria ja kontrafaktuaalinen analyysi.<sup>342</sup> Niiden perusteella voidaan määritellä, että A:n ja B:n välillä vallitsee syy-seuraus-suhde siinä tapauksessa, että A:han kohdistettu interventio johtaa muutokseen B:ssä.<sup>343</sup> Kuorikoski ja Ylikoski kuvaavat ajatuksen seuraavasti: ”*korrekti kausaaliväite kertoo, miten interventiolla aiheutettu tietynlainen muutos syytekijässä saisi aikaan juuri tietyn muutoksen seurauksessa*”.<sup>344</sup>

Ongelmana opin soveltamisessa sukupuolen kohdalla on kuitenkin se, että sukupuoleen ei voi kohdistaa interventioita, se ei siis ole manipuloitavissa.<sup>345</sup> Silloin kun algoritmista on käytetty sukupuolipisteytystä, voidaan ongelma kuitenkin ratkaista siten, että manipuloidaan tuota pisteytystä ja katsotaan, muuttuisiko luotonhakijan saama luottopäätös manipulaation seurauksena. Suoran syrjinnän kohdalla vertailukelpoisen tilanteen vaatimusta koskeva oppi näyttäisi-kin nähdäkseni perustuvan juuri tämänkaltaiseen kausaaliajatteluun. Jos algoritmista ei kuitenkaan käytetä sukupuolipisteytystä, on tilanne vaikeampi. Tällöin voidaan kylläkin kohdistaa

<sup>341</sup> Anttila OTJP 2005, s. 97.

<sup>342</sup> Kuorikoski – Ylikoski 2006, s. 4.

<sup>343</sup> *Ibid.*

<sup>344</sup> *Ibid.*, s. 4–5.

<sup>345</sup> Sama perimmäinen ongelma on tietysti käsillä myös useissa sukupuolten välisten erojen perimmäisiä kausaalisuhteita tutkivissa tieteellisissä tutkimuksissa.

huomio keskiarvoihin, ja tarkastella sitä, kohteleeiko algoritmi sukupuolia keskimäärin eri tavalla. Kausaalisuhteen osoittamisesta ei tällöin kuitenkaan välttämättä ole syytä puhua.

Käsittelen seuraavassa luvussa juuri kausaalisuhteen näyttämistä koskevaa vertailukelpoisen tilanteen vaatimusta koskevaa oppia. Oppi on keskeinen syrjintädoktriinissa, ja siten sitä voidaan käyttää sen selvittämiseen, onko erilaista kohtelua sukupuoleen perustuen tapahtunut. Lisäksi käsittelen sitä, miten erottelun käsillä olo voidaan pyrkiä näyttämään välillisen syrjinnän tilanteissa.

### 4.3 Syrjinnän toteen näyttäminen

Suoran syrjinnän kohdalla syrjinnän toteen näyttämisessä keskeisessä asemassa on siis vertailukelpoisen tilanteen vaatimus.<sup>346</sup> Vertailukelpoisen tilanteen vaatimus ilmenee suoraan esimerkiksi yhdenvertaisuuslain välitöntä syrjintää koskevasta 10 §:stä, jonka mukaan syrjintä on välitöntä, jos jotakuta kohdellaan henkilöön liittyvän syyn perusteella epäsuotuisammin kuin jotakuta muuta on kohdeltu, kohdellaan tai kohdeltaisiin vertailukelpoisessa tilanteessa. Tasa-arvolaissa taas ei suoraan käytetä ilmausta vertailukelpoinen tilanne, mutta vaatimusta vertailtavien henkilöiden vertailukelpoisesta tilanteesta voidaan Anttilan mukaan pitää syrjintäasioissa yleisenä oikeusperiaatteena.<sup>347</sup>

Hallituksen esityksen mukaan tilanteiden tulee olla rinnastettavissa toisiinsa oikeudellisesti merkityksellisten seikkojen osalta, jotta ne olisivat vertailukelpoisia.<sup>348</sup> Esityksen mukaan vertailu kohdistuu yleensä todellisiin tilanteisiin ja henkilöihin ja vertailun kohteena voi olla se, miten jotakuta muuta on aikaisemmin kohdeltu, nykyisin kohdellaan tai voitaisiin olettaa kohdeltavan.<sup>349</sup> Hypoteettisena verrokkina voi kuitenkin ns. itsevertailun kautta toimia myös henkilö itse.<sup>350</sup>

Vertailukelpoisen tilanteen vaatimusta hyödynnettäessä eri asemaan asettaminen havaitaan siis valitsemalla jokin vertailukohta, johon tietyn kohtelun saanutta ihmistä verrataan, ja näin tehdään päätelmiä siitä, onko kohtelu verrattavan ja vertailukohdan välillä samanlaista.<sup>351</sup> Jos

---

<sup>346</sup> Anttila OTJP 2005, s. 97.

<sup>347</sup> *Ibid.*, s. 100.

<sup>348</sup> HE 19/2014 vp, s. 70.

<sup>349</sup> *Ibid.*

<sup>350</sup> Anttila OTJP 2005, s. 96 ja 99.

<sup>351</sup> Anttila on muotoillut asian seuraavasti: “[j]otta voidaan sanoa, että joku on joutunut eri asemaan, on oltava jokin vertailukohta, johon nähden eri asemaan on jouduttu”. (Anttila OTJP 2005, s. 95.)

kohtelu ei ole samanlaista, voidaan todeta, että verrattava on joutunut verrokkiin nähden eri asemaan.

Vertailukelpoisen tilanteen vaatimus on keskeisessä osassa suoran syrjinnän toteen näyttämässä.<sup>352</sup> Anttilan mukaan välillisen syrjinnän tapauksissa ei syrjintäolettan syntymisen ehdoksi taas voida asettaa sitä, että samanlaisia on kohdeltu eri tavalla tai erilaisia samalla tavalla.<sup>353</sup> Sen sijaan välillisessä syrjinnässä on Anttilan mukaan merkitystä vain sillä, joutuuko jokin ryhmä epäedulliseen asemaan tietyn menettelyn seurauksena.<sup>354</sup> Sen arvioiminen, onko jokin ryhmä joutunut epäedulliseen asemaan, edellyttää Anttilan mukaan vertailua ryhmän A ja B välillä.<sup>355</sup>

Kohtelun samanlaisuutta koskevan vertailutason määrittämisessä olennaisessa osassa näyttäisi siis olevan se, onko kyse välittömästä vai välillisestä syrjinnästä. Välittömässä syrjinnässä olennaista on yhden ihmisen vertaaminen johonkin verrokkiin ja välillisen syrjinnän tapauksessa taas yhden ryhmän vertaaminen toiseen ryhmään. Tälle tulkinnalle voidaan hakea tukea myös tarkastelemalla lain sanamuotoja. Yhdenvertaisuuslain ja neuvoston direktiivin 2004/113/EY välitöntä syrjintää koskevia lainkohtia (YL 10 § ja direktiivin art. 2.1(a)) lukien voidaan havaita, että välittömän syrjinnän kohdalla vertailu kohdentuu sanamuodon tasolla määritelmällisesti yksilötasolle. Tämä havaitaan siitä, että lainkohdissa käytetään ilmaisua ”*jotakuta*” nimenomaan yksikkö- eikä monikkomuodossa. (Toisaalta on kuitenkin huomattava, että tasa-arvolain 7.2.1 §:ssä välitön syrjintä määritellään ryhmätason kautta (*naisten* ja *miesten* asettaminen eri asemaan sukupuolen perusteella).)

Yhdenvertaisuuslain välillistä syrjintää koskeva säännös (YL 13§) ei määrittele syrjintää pelkästään yksilötason vertailun kautta. Säännöksen sanamuodossa nimittäin vertailtava taho on kylläkin yksikössä (*jonkun*), mutta taho, johon verrataan, on monikossa (*muita*). Neuvoston direktiivin 2004/113/EY sisältämässä välillisen syrjinnän määritelmässä ryhmätason vertailu taas voidaan havaita *”henkilöt”* –sanana monikkomuodosta (direktiivin art. 2.1(b)). On myös syytä huomata, että EU-oikeudessa välillinen syrjintä käsitteellistettiin alun perin nimenomaisesti ryhmätason ilmiönä, kun se sittemmin kumotussa todistustaakkadirektiivissä<sup>356</sup>

<sup>352</sup> Tosin niissäkin tulee Anttilan mukaan punnita ”samanlaisuuden” vaatimusta yhdessä tosiasiallisen yhdenvertaisuuden periaatteen kanssa. (Anttila OTJP 2005, s. 138)

<sup>353</sup> Anttila OTJP 2005, s. 120–121.

<sup>354</sup> *Ibid*, s. 121.

<sup>355</sup> *Ibid*, s. 104.

<sup>356</sup> Neuvoston direktiivi 97/80/EY annettu 15 päivänä joulukuuta 1997 todistustaakasta sukupuoleen perustuvissa syrjintätapauksissa (EYVL, N:o L 14, 20.1.1998, s. 6–89).

määriteltiin seuraavasti: “[j]okin näennäisesti tasapuolinen käytäntö, säännös tai peruste vaikuttaa haitallisesti huomattavasti *suurempaan osaan*<sup>357</sup> toista sukupuolta olevia henkilöitä [...]” (art. 2.2).

Syrjinnän toteen näyttämisen keinot ja vertailutaso näyttäisivät siis riippuvan siitä, onko kyse välittömästä vai välillisestä syrjinnästä. Pääasiassa yksilötasolle kohdistuvan vertailukepoisen tilanteen vaatimusta hyödyntäen voidaan selvittää, olisiko kohtelu ollut erilaista, jos kohteena ollut ihminen olisi ollut toista sukupuolta. Vertailukelpoisen tilanteen vaatimusta voidaan kuitenkin hyödyntää vain silloin, kun pisteytys on suoraan perustunut sukupuoleen. Vertailukelpoisen tilanteen vaatimusta ei sen sijaan helposti voida soveltaa jos sukupuolipisteytystä ei ole hyödynnetty. Tällöin syrjinnän käsillä oloa voidaan pyrkiä selvittämään tarkastelemalla sitä, onko toinen ryhmä joutunut toista epäedullisempaan asemaan. Tämänkaltainen arviointi taas liittyy läheisesti tosiasiallisen tasa-arvon käsitteeseen, jota kuvaan seuraavassa kappaleessa suhteessa muodollisen tasa-arvon käsitteeseen erityisesti EU:n syrjinnän vastaisen oikeuden kontekstissa.

#### **4.4 Muodollinen yhdenvertaisuus vs. tosiasiallinen yhdenvertaisuus sekä ja individualismi vs. kollektivismi**

Sen lisäksi, että suoran ja välillisen syrjinnän käsitteet näyttäisivät eroavan toisistaan sen mukaan, kiinnitetäänkö syrjinnän toteamisessa huomiota yksilötason vai ryhmätason vertailuun, eroavat ne siis muutoinkin toisistaan sen suhteen, miten samanlainen/erilainen kohtelu todetaan. Välillisen syrjinnän käsitteen keskiössä näyttäisi olevan nimenomaan toiminnan tosiasiallisia seurauksia tarkasteleva näkökulma. Esimerkiksi hallituksen esityksessä HE 19/2014 on juuri välillisen syrjinnän yhteydessä todettu, että menettelyn syrjivyyttä on arvioitava sen tosiasiallisten seurausten kannalta.<sup>358</sup> Suoran syrjinnän käsitteen keskiössä taas näyttää olevan huomion keskittäminen muodolliseen samanlaiseen kohteluun.

Muodollisen yhdenvertaisuuden vaatimus näyttäisi siis liittyvän lähemmin suoran syrjinnän käsitteeseen ja tosiasiallisen yhdenvertaisuuden vaatimus välillisen syrjinnän käsitteeseen. Tämä voidaan havaita esimerkiksi tarkastelemalla seuraavia sitaatteja Niemisen vuonna 1991 ilmestyneestä kirjasta ”*EY:n tasa-arvopoliitiikka*”:

---

<sup>357</sup> Oma korostus.

<sup>358</sup> HE 19/2014 vp, s. 7.



*”On tosin syytä korostaa, että EY:ssä huomiota ei ole kiinnitetty ainoastaan muodolliseen yhdenvertaisuuteen. EY:ssä on lähdetty siitä, että jos lainsäädäntö tosiasiallisesti johtaa siihen, että toinen sukupuoli joutuu käytännössä (selvästi) vastakkaista sukupuolta huonompaan asemaan, katsotaan lainsäädäntö diskriminoivaksi (ns. välillinen diskriminointi).”<sup>359</sup>*

*”Lisäksi mielenkiintoinen on seuraava kysymys: verrataanko keskenään yksilöitä vai ryhmiä (miehet/naiset). Siitä riippuen, kumpi lähtökohta omaksutaan, on myös tarvittavissa toimenpiteissä eroja. Jos tyydytään yksilötasoon, riittää yleensä pelkkä syrjinnän kieltäminen. Kaikille yksilöille on taattava muodollisesti samanlaiset lähtökohdat. Jos sitä vastoin verrataan keskenään ryhmiä, tulee helposti näkyvin, että pelkkä syrjinnän kieltäminen ei ole ollut riittävä keino. Eroista ei ole (ryhmätasolla) päästy eroon.”<sup>360</sup>*

*”Perinteinen tasa-arvoajattelu on ollut hyvin yksilökeskeistä. /.../ Uudenlainen suuntaus tulee näkyviin esimerkiksi siinä, että välilliseen syrjintään on alettu viime aikoina kiinnittää yhä enenevässä määrin huomiota. Välillisen syrjinnän todistaminen edellyttää mies- ja naispuolisten työntekijöiden vertaamista ryhminä keskenään.”<sup>361</sup>*

Kaikkia kolmea sitaattia yhdessä tulkiten voidaan todeta, että niiden perusteella tosiasiallisen tasa-arvon tavoite linkittyy lähemmin välilliseen syrjintäkieltoon, kun taas muodollisen tasa-arvon tavoite välittömään syrjintäkieltoon. Lisäksi sitaateissa näkyy aiemmin mainitsemani suoran syrjinnän kiinnittyminen yksilötason vertailuun ja välillisen syrjinnän kiinnittyminen ryhmätason vertailuun.

Mainitsemani jakolinjat muodollisen ja tosiasiallisen, sekä yksilö- ja ryhmätason, välillä ovat nähtävillä myös EU-oikeudessa. Komission laatiman raportin mukaan yhdenvertaisuutta koskevan oikeudellisen suojan mallit voidaan yksinkertaistaen jakaa kahteen malliin, joista toinen pohjautuu muodolliseen lähestymistapaan ja toinen sisällölliseen lähestymistapaan.<sup>362</sup> Raportin mukaan muodollista yhdenvertaisuutta korostava malli keskittyy yksilötason yhdenvertaisuuteen (equality for individuals), muodolliseen neutraliteettiin (formal neutrality) ja menettelylliseen oikeudenmukaisuuteen (procedural justice).<sup>363</sup> Toinen malleista taas keskittyy raportin mukaan sisällölliseen, ryhmäoikeudenmukaisuutta korostavaan, lähestymistapaan, ja siinä

<sup>359</sup> Nieminen 1991, s. 13.

<sup>360</sup> *Ibid*, s. 171–172.

<sup>361</sup> *Ibid*, s. 172.

<sup>362</sup> De Vos 2007, s. 11.

<sup>363</sup> De Vos 2007, s. 11.

huomio kohdistetaan ryhmäominaisuuksiin, ryhmävaikutuksiin, materiaalliseen yhdenvertaisuuteen ja toiminnan lopputulokseen.<sup>364</sup>

Komission raportin mukaan EU:n yhdenvertaisuus- ja syrjintälainsäädäntöä ei voida suoraan asettaa kumpaankaan malliin.<sup>365</sup> Raportissa todetaan kuitenkin, että Euroopan unionin tuomioistuimen ratkaisukäytännössä yhdenvertaisuuden määritelmä on ensi sijassa tukeutunut formaaliin määritelmään määrittelemällä syrjinnän tilanteiksi, joissa vertailukelpoisiin tilanteisiin sovelletaan eri sääntöjä tai, joissa ei-vertailukelpoisiin tilanteisiin sovelletaan samoja sääntöjä.<sup>366</sup> Erityisesti vaatimus samojen sääntöjen soveltamisesta vertailukelpoisissa tilanteissa ilmentää raportin mukaan formaalia, individualistista, oikeudenmukaisuutta korostavaa näkökulmaa.<sup>367</sup>

Myös Schiekin mukaan EU:n tasa-arvosääntelyn taustalla on nähtävissä ensi sijassa individualismia korostava päämäärä, jossa huomio kiinnitetään jokaisen yksilön oikeuteen tulla kohdelluksi hänen yksilöllisten ominaisuuksiensa perusteella, eikä sen perusteella, mihin ryhmään hän kuuluu.<sup>368</sup> Schiekin mukaan erityisesti suoran syrjinnän kieltä pyrkii ehkäisemään sellaisen tilanteen syntymisen, jossa yksilöltä evätään jokin etu sen perusteella, mihin ryhmään hän kuuluu. Myös Caracciolo di Torella on samankaltaisesti tulkinnut, unionin sääntelyn tunnusomainen piirre on syrjinnän ja tasa-arvon käsitteellistäminen individualismin kautta.<sup>369</sup>

Syrjintää ei ole EU:ssa kuitenkaan käsitteellistetty yksinomaan muodollisen yhdenvertaisuuden periaatteen kautta. Schiek näkeekin EU-sääntelyn taustalla myös muita kuin yksinomaan individualismia korostavia tavoitteita – erityisesti ryhmäoikeudenmukaisuuden tavoittelun.<sup>370</sup> Sukupuolten välinen tasa-arvo lepää EU:ssa Schiekin mukaan toisaalta individuaatiota korostavan politiikan ja toisaalta ryhmien välisiä eroja korostavan politiikan varassa.<sup>371</sup> Myös komission raportissa tuodaan esiin, ettei EU-oikeus rajoitu pelkästään formaalia yhdenvertaisuutta korostavaan lähtökohtaan.<sup>372</sup> Euroopan unionin tuomioistuimen omaksuma vaatimus siitä, ettei erilaisia ei tule kohdella samalla tavalla, nähdään raportissa nimittäin linkkinä

---

<sup>364</sup> *Ibid.*

<sup>365</sup> *Ibid.*, s. 10.

<sup>366</sup> *Ibid.*

<sup>367</sup> De Vos 2007, s. 10. Usein muodolliseen yhdenvertaisuuteen viitataan silloin kun puhutaan samanlaisten samanlaisen kohtelun vaatimuksesta ja tosiasialliseen tasa-arvoon silloin kun puhutaan erilaisten erilaisen kohtelun vaatimuksesta. Ks. esim. Anttila 2013, s. 46–47.

<sup>368</sup> Schiek 2005, s. 436.

<sup>369</sup> Caracciolo di Torella 2011, s. 61.

<sup>370</sup> Schiek 2005, s. 447.

<sup>371</sup> Schiek 2005, s. 448.

<sup>372</sup> De Vos 2007, s. 10.

yhdenvertaisuuden sisällölliseen lähtökohtaan.<sup>373</sup> Lopputulokseen ja kollektiiviseen ulottuvuuteen liittyvät näkökulmat on raportin mukaan otettu huomioon välillisen syrjinnän kiellon ja positiivisen erityiskohtelun kautta.<sup>374</sup> Raportin mukaan EU:ssa on näin onnistuttu kompensoimaan muodolliseen yhdenvertaisuuskäsitykseen liittyvät heikkoudet hylkäämättä sitä individualistiseen käsitykseen perustuvaa oikeudenmukaisuuskäsitystä, johon se perustuu.<sup>375</sup>

Individualistinen näkökulma tiivistyy mielestäni hyvin Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomari Yudkivskan tapauksessa *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugali* toteamaan siitä, että tullakseen kohdeltuna yksilönä, olisi ihmistä kohdeltava hänen omien erityispiirteidensä mukaisesti, eikä niiden stereotyyppien mukaan, joita hänen viiteryhmäänsä liitetään.<sup>376</sup> Voidaan viitata myös Aristoteleen *Nikomakhoksen etiikkaan*, jossa Aristoteles totesi, että ”*kukin näyttää tulevan tarkimmin huomioiduksi, kun häntä kohdellaan yksilönä*”.<sup>377</sup> Kaikki stereotyypiat eivät kuitenkaan ole virheellisiä, vaan joskus niiden taustalla voidaan havaita todellisia korrelaatioita tietyn ryhmän ja ominaisuuden välillä populaatiotasolla. Aristoteles jatkoikin lähes heti seuraavassa virkkeessä toteamalla, että ”*henkilökohtaisessakin huolenpidossa lääkäri tai valmentaja tai joku vastaava onnistuu parhaiten, jos hän tuntee yleiset tosiasiat eli sen, mikä sopii kaikille tai tietynlaisille*”.<sup>378</sup> Yksilöllisen kohtelun ja ryhmäkohtaisiin keskiarvoihin perustuvan kohtelun välillä olevan rajan voidaankin todeta olevan osin keinotekoinen, sillä yksilön erityispiirteiden huomioiminen usein edellyttää niiden arvioimista populaatiotason tietoon perustuen – etenkin silloin kun on kyse tulevaisuuden ennustamisesta, josta ei ole saatavilla varmaa tietoa.

#### 4.5 Toista tutkimuskysymystä koskevat johtopäätökset

Ensimmäisenä tutkimuskysymyksenäni selvitin, mikä olisi sukupuolipisteytyksen kieltä parempi keino varmistaa algoritmisen päätöksentekojärjestelmän syrjimättömyys luotonannon kontekstissa. Johtopäätöksenä päädyin siihen, että algoritmin tekemiä päätöksiä voitaisiin pitää syrjimättöminä, jos luottokelpoisten naisten ja luottokelpoisten miesten keskimääräinen todennäköisyys saada positiivinen luottopäätös on yhtäläinen ja, jos toisaalta luottokelvottomien naisten ja luottokelvottomien miesten keskimääräinen todennäköisyys saada negatiivinen

---

<sup>373</sup> *Ibid.*

<sup>374</sup> *Ibid.*

<sup>375</sup> *Ibid.*

<sup>376</sup> *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugali* (2017), s. 25.

<sup>377</sup> Aristoteles 2005, s. 203.

<sup>378</sup> Aristoteles 2005, s. 203.

luottopäätös on yhtäläinen. Tällöin algoritmi tekisi yhtä todennäköisesti tyypin I ja tyypin II virheen naisten ja miesten kohdalla. Toisena tutkimuskysymyksenäni tarkastelen, miten tämä määritelmä, ja toisaalta sukupuolipisteytyksen kieltämiseen keskittyvä määritelmä, sopivat yhteen syrjinnän oikeudellisten määritelmien kanssa.

Kuten aiemmassa luvussa totesin, edellyttää menettelyn katsominen sukupuolisyrynnäksi (ainakin teoriassa) kolmen ehdon täyttymistä: erottelua on tapahtunut, erottelu on perustunut sukupuoleen ja erottelulle ei ole esitettävissä perustetta, joka tekisi sen sallituksi. Kysymyksiin siitä, onko erottelua tapahtunut, ja onko se perustunut sukupuoleen, voidaan syrjintädoktriinissa pyrkiä vastaamaan syy-seurausyhteyksiä tarkastelemalla. Kontrafaktuaaliseen kausaalisuhteen analyysiin (nähdäkseni) pohjautuvan, vertailukelpoisen tilanteen vaatimusta koskevan, opin mukaan sukupuoleen perustuvaa erottelua voidaan katsoa tapahtuneen luotonannon kontekstissa silloin, kun algoritmin syötemuuttujia manipuloimalla voidaan yksittäistilanteessa osoittaa, että luottopäätös olisi ollut toinen, jos hakijan sukupuoli olisi ollut toinen.

Voidaan kuitenkin kysyä, onko kohtelua tällaisessa tilanteessa mielekästä pitää nimenomaan sukupuoleen perustuvasti erilaisena, jos algoritmin tekemät päätökset kuitenkin ryhmätasolla osuvat luottokelpoisten naisten ja luottokelpoisten miesten osalta yhtä suurella todennäköisyydellä oikeaan molempien virhetyyppien osalta. Tällöin yksittäisen ihmisen kohdalla sattuneen väärän päätöksen voitaisiin nimittäin ajatella perustuneen lähinnä sattumaan – eikä siis hakijan sukupuoleen. Voitaisiin siis vedota siihen, että koska algoritmi ei ryhmätasolla arvioituna kohtelee hakijoita eri tavalla sukupuolesta riippuen, ei ehto sukupuoleen perustuvasta erottelusta ryhmätasolla täyty, vaikka yksittäisen hakijan kohdalla voitaisiinkin osoittaa kausaalisuhde algoritmin hakijalle sukupuoleen perustuen antaman pisteytyksen ja menettelyn lopputuloksen välillä. Kun syrjintädoktriini kuitenkin niin vahvasti perustuu vertailukelpoisen tilanteen vaatimuksen oppiin ja individualistiseen syrjimättömyyden näkökulmaan, voidaan pitää todennäköisenä, että tilannetta olisi kuitenkin voimassa olevan doktriinin mukaisesti pidettävä sukupuoleen perustuvana erotteluna siinä tapauksessa, että mainittu kausaalisuhde voitaisiin vertailukelpoisen tilanteen vaatimusta hyödyntämällä osoittaa, vaikka virhetodennäköisyydet ryhmätasolla jakautuisivatkin tasan. Nähdäkseni olisi kuitenkin syytä arvioida, onko tällainen tilanne toiminnan reaali maailman seuraukset huomioon ottaen mielekäs, kun erityisesti huomioon otetaan syrjintäsäännöksille osoitettu tavoite turvata tasa-arvon toteutuminen myös käytännössä. Tältä osin voikin olla tarvetta tarkentaa perusoikeusdoktriinia siltä osin, miten määritellään, onko tietty algoritminen menettely erotellut hakijoita sukupuolen perusteella.

Toisaalta, vaikka sukupuoleen perustuvan erottelun katsottaisiin olevan käsillä edellä mainitsemassani tilanteessa, ei tämä vielä välttämättä tarkoittaisi, että menettely olisi tulkittava kielletyksi syrjinnäksi. Jos nimittäin sukupuoleen perustuvalla erottelulla olisi osoitettava hyväksyttävä peruste/oikeutus, ei menettely muodostaisi syrjintää. Pyrkimys virhetodennäköisyyksien tasaamiseen voisi mahdollisesti toimia tällaisena hyväksyttävänä perusteena. Hyväksyttävää perustetta koskeva doktriini kuitenkin liikkuu melko abstraktilla tasolla, joten tarkkoja arvioita siitä, voitaisiinko tällaista perustetta pitää hyväksyttävänä, on vaikea antaa. Sukupuolen kohdalla hyväksyttävälle perusteelle asetettavat vaatimukset on kuitenkin asetettu korkealle, mikä rajoittaa mahdollisuutta tulkita erottelu tällä perusteella sallituksi. Myös tietyt muut tutkielmassa esiin tuodut seikat ohjaavat tulkitsemaan, että sukupuolipisteytyksen käyttöä ei välttämättä voitaisi tulkita syrjintälainsäädännön kannalta sallituksi, vaikka sen hyödyntämättä jättämisen katsottaisiinkin estävän virhetodennäköisyyksien tasaisen jakautumisen saavuttamisen.

Ensimmäinen tällainen seikka on se, että erityisesti EU-doktriinissa näyttää painottuvan individualismia korostava näkökulma, jossa vaatimus samojen sääntöjen soveltamisesta samanlaisiin tilanteisiin saa korostuneen roolin.<sup>379</sup> Jos algoritmista hyödynnetään sukupuolimuuttujaa, lienee perusteltua katsoa olevan kyse eri sääntöjen soveltamisesta. Välillisen syrjinnän kieltö ja positiivisen erityiskohtelun mahdollisuus taas on tulkintani mukaan nähty lähinnä keinoina kompensoida individualistiseen näkökulmaan liittyviä heikkouksia mahdollistamalla myös kollektiivisen näkökulman huomioiminen.<sup>380</sup> Näin ollen ne olisi mielleltävä siis täydentäviksi suojakeinoiksi. Sääntelyn ydin näyttäisi kuitenkin olevan samojen sääntöjen soveltamiseen keskittyvässä individualistisessa käsityksessä, minkä voidaan epäillä rajoittavan mahdollisuutta pitää sukupuoleen perustuvaa yksilötason erottelua hyväksyttävänä ryhmätason ilmiöihin vedoten.

Toinen rajoittava seikka on se, että käsittelemissäni julkiasiamiesten ratkaisuehdotuksissa sukupuolipisteytyksen käyttöön suhtaudutaan ylipäättään varauksellisesti. Ensinnäkin voidaan viitata julkiasiamies van Gervenin ratkaisuehdotukseen, jossa hän esitti oleellista olevan sen, että etujen määrittämislähtökohdat ovat samat naisille ja miehille. Näinhän ei ole, jos sukupuolipisteytystä käytetään. Julkiasiamies Kokott taas piti ratkaisuehdotuksessaan vakuutusriskien linkittämistä hakijan sukupuoleen sopimattomana Euroopan unionin

---

<sup>379</sup> Ks. s. 68.

<sup>380</sup> Ks. s. 69.

perustavanlaatuisten periaatteiden valossa.<sup>381</sup> Lisäksi hän totesi sukupuoleen perustuvan erottelun olevan sallittua vain, jos voidaan varmuudella osoittaa, että miesten ja naisten välillä on merkityksellisiä eroja, joiden vuoksi erottelua voidaan vaatia. Jotta ero olisi relevantti, tulisi Kokottin mukaan voida osoittaa eron johtuvan juuri sukupuolesta. Kuten ensimmäisessä käsittelyluvussa kuitenkin esitin, on hyvin vaikea selvittää, mistä sukupuolten välillä havaitut erot lopultakin johtuvat. Lisäksi rajoittavana tekijänä voidaan viitata siihen, että Kokott tulkintani mukaan katsoi osin etniseen taustaan perustuvan syrjinnän tuomittavuuteen liittyvistä arvostuksista, että sukupuolipisteytykseen sisältyy jopa itsessään jotakin ns. sisäsyntyistä moraalinvastaisuutta.

Lisäksi asiaa voidaan tarkastella siltä kannalta, että tilanteessa, jossa virhetodennäköisyyksien tasaaminen edellyttäisi sukupuolipisteytyksen käyttöä, voidaan mieltää olevan kyse tilanteesta, jossa suoran syrjinnän ja välittömän syrjinnän kiellot asettuvat ns. vastakkain.<sup>382</sup> Voidaan nimittäin ajatella suoran syrjinnän kiellon liittyvän lähemmin sukupuolipisteytyksen kieltoon keskittyvään syrjinnän määritelmään ja välillisen syrjinnän kiellon taas virhetodennäköisyyksien tasaamiseen keskittyvään määritelmään. Tämä johtuu siitä, että sukupuolipisteytyksen kieltoon keskittyvässä määritelmän osalta erottelun syntyminen voidaan todeta suoran syrjinnän doktriiniin kuuluvan vertailukelpoisen tilanteen opin kautta yksilötasolla. Virhetodennäköisyyksien tasaamiseen keskittyvän määritelmän osalta erottelun syntyminen taas voidaan todeta vertailemalla valitun menetelmän seurauksia ryhmätasolla, mikä on tyypillistä välilliselle syrjinnälle.

Mahdollisesti syntyvä ristiriitatilannetta suoran ja välillisen syrjinnän kiellon välillä voidaan ylipäätään nähdä hieman ongelmallisena siltä kannalta, että suoran ja välillisen epäasiallisen erottelun kieltojen voidaan tulkita mielletyn ensi sijaisesti toisiaan täydentäviksi, eikä siis toistensa kanssa vastakkaisiksi, suojamuodoiksi.<sup>383</sup> Ristiriitatilanne voitaisiin kuitenkin pyrkiä ratkaisemaan etsimällä joko suoralle tai välittömälle erottelulle hyväksyttäviä perusteita. Tässä tapauksessa on mahdollista, että hyväksyttävä peruste löytyisi helpommin välillisen syrjinnän kohdalla. Kuten aiemmassa luvussa nimittäin totesin, voitaneen sääntelyä käytännössä tulkita

<sup>381</sup> Julkisasiamies Kokottin ratkaisuehdotus *Test-Achats* -tapauksessa, kohdat 48–50.

<sup>382</sup> Siis siinä tilanteessa, että sukupuolipisteytyksen käytön voitaisiin vertailukelpoisen tilanteen testiä hyödyntämällä jossakin yksittäistapauksessa todeta johtaneen virheelliseen päätökseen.

<sup>383</sup> De Vos 2007, s. 10.

siten, että puolueettoman perusteen kriteerin kautta erottelun hyväksyttävyyssperusteet ovat välillisen syrjinnän kohdalla laajemmat kuin välittömän syrjinnän kohdalla.<sup>384</sup>

Toisaalta on todettava, ettei virhetodennäköisyyksiin keskittyvä näkökulma aivan ongelmitta kuitenkaan solahda välillisen syrjinnän käsitteeseen. Edellä olen todennut välillisen syrjinnän määritelmän kiinnittyvän tosiasiallisen tasa-arvon turvaamiseen ja menettelyn tosiasiallisiin seurauksiin. Siinä, että huomio kohdistetaan virhetodennäköisyyksien jakautumiseen, ei kuitenkaan välttämättä ole kyse tosiasiallisen tasa-arvon toteutumisesta - ainakaan siten, kun se on kirjallisuudessa ymmärretty. Esimerkiksi Anttilan mukaan tosiasiallisella tasa-arvolla on neljä tavoitetta, joista yksi liittyy siihen, että *”ihmisten erilaisuuden huomioon ottaminen tarkoittaa tällöin ensinnäkin sitä, että huomiota ei kiinnitetä niinkään vertailuun, vaan haittaan, jota ihmisille aiheutuu siitä, että he poikkeavat yhteiskunnan normista”*.<sup>385</sup>

Tällaisia tavoitteita ei nähdäkseni voida kovin tehokkaasti saavuttaa vielä ainakaan yksinomaan sillä, että varmistetaan virhetodennäköisyyksien tasainen jakautuminen sukupuolten välille. Onhan esimerkiksi mahdollista, että virheellisestä luottopäätöksestä aiheutuvat seuraukset ovat keskimäärin erilaiset naisten ja miesten kohdalla, vaikka niiden todennäköisyys olisi sama – siis, että esimerkiksi maksuvaikeuksiin ajautuminen vaikuttaa eri tavoin naisiin ja miehiin. Toisaalta voidaan viitata siihen, että jos esimerkiksi sekä nais- että miespuolisista luottokelvottomista luotonhakijoista 1 %:lle myönnettäisiin virheellisesti luotto, mutta esimerkiksi miespuolisia luotonhakijoita olisi ylipäätään naisia enemmän, vaikuttaisi tilanne populaatiotasolla miessukupuoleen naissukupuolta haitallisemmin.

Lopuksi voidaan myös kyseenalaistaa se tulkinta, että sukupuolipisteytyksen kieltö edes turvaisi individualistisen oikeudenmukaisuuskäsityksen toteutumista siinäkin tapauksessa, että pisteytyksen sallimalla olisi vertailukelpoisen tilanteen oppia hyödyntäen näytettävissä, että yksittäinen luotonhakija olisi saanut virheellisen päätöksen sukupuolestaan johtuen. Voidaan nimittäin todeta, että silloin, jos sukupuolipisteytystä hyödyntäen voidaan lisätä päätöstarkeutta sekä naisten että miesten kohdalla, johtaa tämä siihen, että myös jokainen yksittäinen nainen ja mies saa keskimäärin paremmin omaa individualistista tilannettaan vastaavan päätöksen kuin silloin jos sukupuolipisteytys kielletäisiin.

<sup>384</sup> Ks. Craig – de Búrca 2015, s. 938.

<sup>385</sup> Anttila LM 2014, s. 1079.

## 4.6 Lopuksi

Ensimmäinen tutkimuskysymykseni tarjosi tutkimuksenteolle näkökulman, jossa tarkastelen algoritmisen päätöksenteon syrjivyyttä virhetodennäköisyyksien jakautumiseen keskittyvän syrjinnän määritelmän kautta. Toinen tutkimuskysymykseni taas osoitti, että tämä syrjinnän määritelmä on vain vaikeasti yhteen sovitettavissa syrjinnän oikeudellisten määritelmien kanssa. Tältä osin paljastui tarve kehittää perusoikeusdoktriinia edelleen sen osalta, että tarkemmin määriteltäisiin, mitä sukupuoleen perustuvalla erottelulla algoritmisen päätöksenteon, ja erityisesti luotonannon, yhteydessä tarkoitetaan. Toisaalta myös erottelun hyväksyttäviä syitä koskevia oppeja voisi olla tarvetta konkretisoida. Edelleen voidaan mainita joka tapauksessa tarve säätää tarkemmin luotonannon yhteydessä käytettävän credit scoringin hyväksyttävyyden ehdoista, sillä tällä hetkellä yksityisen toimijan voi olla sääntelyn abstraktista luonteesta johtuen mahdoton riittävällä tarkkuudella ennakoida, minkä ehtojen täytyttyessä credit scoring menettelyä voidaan pitää syrjintälainsäädännön mukaisena.

Tutkielmani johdannossa viittasin Pirjatanniemen väitöskirjaan, joka koski kestävästä kehityksen operationalisointia osaksi oikeusnormistoa. Väitöskirjassaan Pirjatanniemi piti lähtökohdaksi sitä, että ympäristöarvojen liittäminen osaksi rikosoikeudellista järjestelmää edellyttää, että jokin rikosoikeudessa muuttuu.<sup>386</sup> Samoin tutkielmani perusteella voidaan todeta, että syrjinnän vastaisen oikeuden olisi kyettävä muuttumaan, jotta tilasto- ja tietojenkäsittelytieteen alalla kehitetyt syrjinnän määritelmät voitaisiin saattaa osaksi syrjinnän vastaista oikeutta. Siis ainakin silloin, jos nuo määritelmät hyväksytään mielekkäiksi tavoiksi määritellä syrjintä algoritmisen luotonantoa koskevan päätöksenteon yhteydessä.

Onkin syytä huomata, että tutkimustuloksieni merkittävyys on paljon riippuvainen siitä, hyväksytäänkö esittämäni virhetodennäköisyyksien jakautumiseen keskittyvä syrjinnän määritelmä mielekkääksi keinoksi määritellä algoritmisen päätöksenteon syrjivyyttä. Tämä taas on laajempi yhteiskunnan oikeudenmukaisuuteen liittyvä kysymys, johon tutkielmani ei sellaiseenaan ota kantaa. Selvää kuitenkin on, että aihetta eri näkökulmista käsittelevälle tutkimukselle on tarvetta jatkossakin. Toisaalta voidaan todeta, että vaikka määritelmä hyväksyttäisiin sinänsä sopivaksi algoritmisen syrjinnän (osa)määritelmäksi luotonannon kontekstissa, voi tosiasiassa olla vaikea luotettavasti selvittää, kuinka tasaisesti virhetodennäköisyydet ovat

---

<sup>386</sup> Pirjatanniemi 2005, s. 23.



sukupuolten välille jakautuneet.<sup>387</sup> Tämä taas rajoittaa määritelmän tosiasiallista käyttökelpoisuutta. Ongelmakokonaisuutta onkin myös jatkossa tarkasteltava monelta kannalta, jotta asiaa voitaisiin mielekkäästi säännellä. Toisaalta on huomattava, että algoritmisen päätöksenteko on jo osa yhteiskuntaa, ja tarve sopivalle sääntelylle on käsillä jo nyt.

Lisäksi jatkotutkimusta tarvittaisiin algoritmiseen päätöksentekoon liittyvistä oikeussuojakeinoista. Jos siis esimerkiksi hyväksytään syrjimättömän algoritmin yhdeksi määritelmäksi virhetodennäköisyyksien tasainen jakautuminen, tulisi selvittää miten tämän määritelmän noudattaminen tosielämässä voitaisiin turvata. Huomiota voidaan toisaalta kiinnittää myös siihen, että credit scoringiin liittyy paljon muitakin (oikeudenmukaisuuteen liittyviä) oikeudellisia kysymyksiä, kuten tietosuojaan liittyvät kysymykset, jotka tulisi samalla kyetä ottamaan huomioon.

Tutkielmastani välittynee lukijalle aihealueen monimutkaisuus. Tämä siitäkin huolimatta, että olen käsitellyt aihetta lähinnä vain yhden syrjintäperusteen, sukupuolen, näkökulmasta. Pelkästään perustuslaissa mainitaan kuitenkin kahdeksan muutakin kiellettyä syrjintäperustetta, eikä listaus ole tyhjentävä. Kuten johdantokappaleessa totesin, koskee eri syrjintäperusteita myös osittain eri säännökset ja niiden välillä on myös hierarkioita. Tuleekin olemaan suuri haaste luoda järjestelmä, jossa kaikki nämä syrjintäperusteet kyetään ottamaan asianmukaisesti huomioon samanaikaisesti samalla kun huolehditaan myös muista algoritmisen oikeudenmukaisuuteen liittyvistä kysymyksistä. Tarve algoritmista päätöksentekoa koskevalle oikeudelliselle tutkimukselle onkin moninainen, ja tutkimustyö näyttäisi tällä hetkellä olevan suurilta osin vasta alussa, vaikka tutkimustoiminta aiheen ympärillä on ollut vilkasta jo pitkään. Tätä ei kuitenkaan tarvitse nähdä lannistavana seikkana, vaan sen voidaan katsoa kertovan eneminkin tutkimuskentän tarjoamista moninaisista mahdollisuuksista toteuttaa mielenkiintoista tutkimusta.

---

<sup>387</sup> Yksi ongelma liittyy esimerkiksi siihen, että virheellisistä negatiivisista päätöksistä on vaikea saada lainkaan tietoa, sillä luotonantoyhtiöt eivät saa tietoonsa, olisiko ihminen, jolle he eivät ole myöntäneet luottoa maksanut luoton takaisin, jos hänelle olisi se myönnetty.

## LÄHTEET

### KIRJALLISUUS

Ainsworth, Claire, Sex redefined. *Nature* 518(7539) 2015, s. 288–291.

Altman, Micah – Wood, Alexandra – Vayena, Effy, A harm-reduction framework for algorithmic fairness. *IEEE Security & Privacy* 16(3) 2018, s. 34–45.

Andreeva, Galina – Matuszyk, Anna, The law of equal opportunities or unintended consequences?: The effect of unisex risk assessment in consumer credit. *Journal of the Royal Statistical Society: Series A (Statistics in Society)* 182(4) 2019, s. 1287–1311.

Anttila, Outi, Sukupuolisyrynnän kieltä Suomen ja EU:n oikeudessa. *Oikeustiede-Jurisprudentia* XXXVIII 2005, s. 77–149.

Anttila, Outi, Kohti tosiasiallista tasa-arvoa?: Sukupuolisyrynnän kiellot oikeudellisen pluralismin aikana. *Suomalainen Lakimiesyhdistys* 2013.

Anttila, Outi, Tasa-arvo-oikeus tutkimuksen kohteena. *Lakimies* 2014/7-8, s. 1078–1081.

Aristoteles Nikomakhoksen etiikka. Suom. ja laatinut selitykset Simo Knuuttila, 2., tarkistettu painos. *Gaudeamus* 2005.

Bar-Hillel, Maya, The Base-rate Fallacy in Probability Judgments. *Acta Psychologica* 44(3) 1980, s. 211–233.

Blomgren, Jenni – Maunula, Nico – Hiilamo, Heikki, Sairastuttaako velka? 15 vuoden seurantatutkimus pitkäaikaisesti ylivelkaantuneista. *Yhteiskuntapolitiikka* 3/2014, s. 245–263.

Brown, Aaron, The Origins and Evolution of Credit Risk Management. *GARP Review* 2004(20), s. 32–34.

Buchanan, Allen – Mathieu, Deborah, Philosophy and justice, s. 11-45 teoksessa Ronald Cohen (ed.), *Justice: views from the Social Sciences*. Plenum Press 1986.

Calders, Toon – Žliobaitė, Indrė, Why Unbiased Computational Processes Can Lead to Discriminative Decision Procedures, s. 43–57 teoksessa Bart Custers – Toon Calders – Bart Schermer – Tal Zarsky (eds.), *Discrimination and Privacy in the Information Society Data Mining and Profiling in Large Databases*. Springer 2013.

Capon, Noel, Credit scoring systems: A critical analysis. *Journal of Marketing*, 46(2) 1982, s. 82–91.

Carnap, Rudolf, *Logical foundations of probability*. University of Chicago press 1962.

Caracciolo di Torella, Eugenia, On Lies and Statistics: The Relationship between Gender Equality and Insurance. *ERA Forum* 12(1) 2011, s. 59–70.

Caracciolo di Torella, Eugenia, Gender equality after Test Achats. *ERA forum*. 13(1) 2012, s. 59–69.

Charness, Gary – Gneezy, Uri, Strong evidence for gender differences in risk taking. *Journal of Economic Behavior & Organization* 83(1) 2012, s. 50–58.

Cormen, Thomas, *Algorithms unlocked*. The Mit Press, 2013.

Craig, Paul – de Búrca, Gráinne, *EU Law: Text, Cases, and Materials*. 6. ed., Oxford University Press 2015.

Durand, David, Risk elements in consumer installment financing. National Bureau of Economic Research 1941.

Elliehausen, Gregory E. – Durkin, Thomas A, Theory and evidence of the impact of Equal Credit Opportunity: An agnostic review of the literature. *Journal of Financial Services Research* 2(2) 1989, s. 89–114.

Eriksson, Lars D., Syrjintäkielto ja yhdenvertaisuus. *Lakimies* 5–6/1996, s. 862–872.

Feinberg, Joel, *Social Philosophy*. Prentice-Hall, 1973.

Gandy, Oscar, Engaging rational discrimination: exploring reasons for placing regulatory constraints on decision support systems. *Ethics and Information Technology* 12(1) 2010, s. 29–42.

Geiger, Rudolf, Treaty on European Union, s. 1-192 teoksessa Rudolf Geiger – Daniel-Erasmus Khan – Markus Kotzur (eds.), *European Union treaties: treaty on European Union treaty on the functioning of the European Union*. Hart publishing 2015.

Gellert, Raphael – de Vries, Katja – de Hert, Paul – Gutwirth, Serge, A Comparative Analysis of Anti-Discrimination and Data Protection Legislations, s. 61–89 teoksessa Bart Custers – Toon Calders – Bart Schermer – Tal Zarsky (eds.), *Discrimination and Privacy in the Information Society: Data Mining and Profiling in Large Databases*. Springer 2013. (Gellert ym. 2013)

Hart, H. L. A. – Bulloch, Penelope – Green, Leslie – Raz, Joseph, *The Concept of Law*. 3rd ed. Oxford University Press 2012. (Hart ym. 2012)

Helin, Markku, Perusoikeuksilla argumentoinnista, s. 11-30 teoksessa Tero Iire (toim.), *Varallisuus, vakuudet ja velkojat*. Juhlajulkaisu Jarmo Tuomisto 1952 – 9/6 – 2012. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja A. Juhlajulkaisut, no. 24. Turku: Turun yliopisto, Oikeustieteellinen tiedekunta 2012.

Hildebrandt, Mireille, Defining Profiling: A New Type of Knowledge?, s. 17–45 teoksessa Mireille Hildebrandt – Serge Gutwirth (eds.), *Profiling the European Citizen: Cross-Disciplinary Perspectives*. Springer 2008.

Hirvonen, Hanne, Automatisoitu päätöksenteko julkisella sektorilla. *Oikeus* 3/2018, s. 302–310.

Holroyd, Jules – Stafford, Tom – Scaife, Robin, Responsibility for implicit bias. *Philosophy Compass* 12(3) 2017 12:e12410.

Howells, Geraint, The potential and limits of consumer empowerment by information. *Journal of Law and Society* 32(3) 2005, s. 349–370.

Hyde, Janet Shibley, Gender similarities and differences. *Annual review of psychology* 65 2014, s. 373–398.

Kamp, Meike – Körffer, Barbara – Meints, Martin, Profiling of Customers and Consumers – Customer Loyalty Programmes and Scoring Practices, s. 201-215 teoksessa Mireille Hildebrandt – Serge Gutwirth (eds.), *Profiling the European Citizen: Cross-Disciplinary Perspectives*. Springer 2008.

Kanninen, Heikki, Euroopan yhteisön oikeuden normihierarkia ja kansallinen lainsoveltaja, s. 175–244 teoksessa Heikki Kanninen – Hannu Koskinen – Allan Rosas – Maija Sakslin – Tuori Kaarlo (toim.), *Puhuri käy: Muuttuva suomalainen ja eurooppalainen valtiosääntömme*. Edita 2009.

Khandani, Amir E. – Adlar, Kim, – Lo, Andrew, Consumer credit-risk models via machine-learning algorithms. *Journal of Banking & Finance* 34(11) 2010, s. 2767–2787.

Kleinberg, Jon – Mullainathan, Sendhil – Raghavan, Manish, Inherent trade-offs in the fair determination of risk scores. *arXiv:1609.05807* 2016.

Kotzur, Markus, Treaty on the Functioning of the European Union, s. 193-1062 teoksessa Rudolf Geiger – Daniel-Erasmus Khan – Markus Kotzur (eds.), *European Union treaties: treaty on European Union treaty on the functioning of the European Union*. Hart publishing 2015.

Koulu, Riikka, Digitalisaatio ja algoritmit – oikeustiede hukassa? *Lakimies* 7–8/2018, s. 840–867.

Kuorikoski, Jaakko – Ylikoski, Petri, Kausaliteetti ja kriittinen realismi, *Sociologia* 43(1) 2006, s. 1–13.

Lavapuro, Juha: Digitaalinen valta ja valtiosääntötutkimuksen tulevaisuus. *Lakimies* 2/2019, s. 221–227.

Lepri, Bruno – Oliver, Nuria – Letouze, Emmanuel – Pentland, Alex – Vinck, Patrick, Fair, transparent, and accountable algorithmic decision-making processes. *Philosophy & Technology* 31(4) 2018, s. 611–627. (Lepri ym. 2018.)

Loong, Tze-Wey, Understanding sensitivity and specificity with the right side of the brain. *Bmj* 327(7417) 2003, s. 716–719.

Lundström, Karin, Jämlikhet mellan kvinnor och män i EG-rätten: En feministisk analys. *Iustus* 1999.

Maney, Donna, Perils and pitfalls of reporting sex differences. *Philosophical Transactions of the Royal Society B: Biological Sciences*, 371(1688) 2016, 20150119.

Majamaa, Karoliina – Rantala, Kati – Sarasoja Laura, Velkaongelmien luonne ja pikavippiuudistuksen vaikutukset velkomustuomioiden valossa. *Helsingin yliopisto, Kriminologian ja oikeuspolitiikan instituutti, Katsauksia* 9/2016.

Meltzer, Howard – Bebbington, Paul – Brugha, Traolach – Farrell, Michael – Jenkins, Rachel, The relationship between personal debt and specific common mental disorders. *The European Journal of Public Health* 23(1) 2013, s. 108–113. (Meltzer ym. 2013)

Minkkinen, Panu, Oikeus- ja yhteiskuntatieteellinen tutkimus – suuntaus, tarkastelutapa, menetelmä? *Lakimies* 7–8/2017, s. 908–923.

Moss-Racusin, Corinne – Dovidio, John – Brescoll, Victoria – Graham, Mark – Handelsman, Jo, Science faculty's subtle gender biases favor male students. *Proceedings of the national academy of sciences* 109(41) 2012, s. 16474–16479. (Moss-Racusin ym. 2012)

Naarttijärvi, Markus, Rättsstatlighet och algoritmiska svarta lådor, s. 245–259 teoksessa Örjan Edström – Johan Lindholm – Ruth Mannelqvist (toim.), *Jubileumsskrift till Juridiska institutionen 40 år Umeå: Juridiska institutionen, Umeå universitet* 2017.

Nabeth, Thierry, Reply: Further Implications, s. 30–34 kappaleessa Hildebrandt, Mireille, *Defining Profiling: A New Type of Knowledge?*, s. 17–45 teoksessa Mireille Hildebrandt – Serge Gutwirth (eds.), *Profiling the European Citizen: Cross-Disciplinary Perspectives*. Springer 2008.

Nelson, Julie, The power of stereotyping and confirmation bias to overwhelm accurate assessment: The case of economics, gender, and risk aversion. *Journal of Economic Methodology*, 21(3) 2014, s. 211–231.

Nelson, Julie, Not-so-strong evidence for gender differences in risk taking. *Feminist Economics* 22(2) 2016, s. 114–142.

Niemi, Marja-Leena, Luotto-oikeus: Luottotyypit, perintäprosessit ja takaisinsaanti. Talentum 2015.

Nieminen, Liisa, EY:n tasa-arvopolitiikka. Lakimiesliiton kustannus 1991.

Nousiainen, Kevät – Pylkkänen, Anu, Sukupuoli ja oikeuden yhdenvertaisuus. Helsingin yliopisto, oikeustieteellinen tiedekunta 2001.

Ojanen, Tuomas, Terrorist Profiling: Human Rights Concerns. *Critical Studies On Terrorism* 3(2) 2010, s. 295–312.

Ojanen, Tuomas, EU-oikeuden perusteita. 3., Uudistettu laitos, Edita 2016.

Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin, III YKSITTÄISET PERUSOIKEUDET, teoksessa Hallberg, Pekka – Heikki Karapuu – Tuomas Ojanen – Martin Scheinin – Kaarlo Tuori – Veli-Pekka Viljanen, Perusoikeudet. WSOYpro 2005. {päivittyyvä julkaisu, luettu 12.5.2020}

Ojanen, Tuomas, I Yleinen osa, s. 1–62 teoksessa Outi Anttila – Tuomas Ojanen – Hanna Kiiskinen – Juhani Kortteinen – Juha Lavapuro – Liisa Nieminen – Marjo Ylhäinen, Yhdenvertaisuuslaki kommentein. Alma Talent 2019.

Pellonpää, Matti – Gullans, Monica – Pölönen, Pasi – Tapanila, Antti, Euroopan ihmisoikeussopimus. 6., uudistettu painos. Alma 2018. (Pellonpää ym. 2018)

Pirjatanniemi, Elina, Vihertyvä rikosoikeus: ympäristökriminalisointien oikeutus, mahdollisuudet ja rajat. Edita 2005.

Prentice, Deborah, – Miller, Dale, Essentializing differences between women and men. *Psychological Science* 17(2) 2006, s. 129–135.

Richards, Christina – Bouman, Walter Pierre – Seal, Leighton – Barker, Meg John – Nieder, Timo O. – T'Sjoen, Guy, Non-binary or Genderqueer Genders. *International Review of Psychiatry: Gender Dysphoria and Gender Incongruence* 28(1) 2016, s. 95–102. (Richards ym. 2016)

Ruuskanen, Minna, Tuomioistuinratkaisut diskurssianalyysin kohteina, s. 43-60 teoksessa Minna Ruuskanen (toim.), Oikeuden tekstit diskursseina. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2006.

Räikkä, Juha, Olettama tasa-arvosta. *Ajatus* 73 2016, s. 9–31.

Schanze, Erich, Injustice by generalization: Notes on the Test-Achats Decision of the European Court of Justice. *German Law Journal* 14(2) 2013, s. 423–433.

Schiek, Dagmar, Broadening the scope and the norms of EU gender equality law: towards a multidimensional conception of equality law. *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 12(4) 2005, s. 427–466.

Sharma, Devashish – Yadav, U. B. – Sharma, Pulak, The concept of sensitivity and specificity in relation to two types of errors and its application in medical research. *Journal of Reliability and Statistical studies* 2(2) 2009, s. 53–58.

Sloman, Steven A. – Lagnado, David, The problem of induction, s. 95–116 teoksessa Keith Holyoak – Robert Morrison (eds.), *The Cambridge Handbook of Thinking and Reasoning*. Cambridge University Press 2005.

Temming, Felipe. Case Note — Judgment of the European Court of Justice (Grand Chamber) of 1 March 2010: ECJ finally paves the way for unisex premiums and benefits in insurance and related financial service contracts. *German Law Journal* 13(1) 2012, s. 105–123.

Thomas, Lyn, A survey of credit and behavioural scoring: forecasting financial risk of lending to consumers. *International journal of forecasting* 16(2) 2000, s. 149–172.

Tobler, Christa, The Prohibition of Discrimination in the Union's Layered System of Equality Law: From Early Staff Cases to the Mangold Approach, s. 443–469 teoksessa Allan Rosas – Egils Levits – Yves Bot (eds.), *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives On Sixty Years of Case-law = La Cour De Justice Et La Construction De L'Europe : Analyses Et Perspectives De Soixante Ans De Jurisprudence*. Asser Press 2013.

Tuori, Kaarlo, Oikeustiede 2000. *Lakimies* 6–7/1998, s. 1002–1013.

Tuori, Kaarlo, Oikeuden ratio ja voluntas. *Talentum Media* 2007.

Turunen, Elina – Hiilamo, Heikki, Health effects of indebtedness: a systematic review. *BMC public health* 14(1) 2014, 489.

Uhlmann, Eric Luis – Cohen, Geoffrey, “I think it, therefore it's true”: Effects of self-perceived objectivity on hiring discrimination. *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 104(2) 2007, s. 207–223.

Valkama, Elisa – Mutttilainen, Vesa, Maksuvaikkeudet pikaluottomarkkinoilla. Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos 2008.

Viljanen, Mika, Algoritmien haaste – uuteen aineelliseen oikeuteen? *Lakimies* 7–8/2017, s. 1070–1087.

Viljanen, Veli-Pekka, Perusoikeuksien rajoitusedellytykset. *WSOY lakitieto* 2001.

Wachter, Sandra – Mittelstadt, Brent – Floridi, Luciano, Why a right to explanation of automated decision-making does not exist in the general data protection regulation. *International Data Privacy Law* 7(2) 2017, s. 76–99.

Walkila, Sonya, EU:n perusoikeuskirja EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössä, *Defensor Legis* 2011/6, s. 813–820.

Xenidis, Raphaële, Shaking the normative foundations of EU equality law: Evolution and hierarchy between market integration and human rights rationales. *EUI Department of Law Research Paper* 2017/04c2017.

Žliobaitė, Indrė, A survey on measuring indirect discrimination in machine learning. *arXiv:1511.00148*, 2015.

Žliobaitė, Indrė, Measuring discrimination in algorithmic decision making. *Data Mining and Knowledge Discovery* 31(4) 2017, s. 1060–1089.

## **VIRALLISLÄHTEET**

### **Kansainvälinen virallisaineisto**

29 artiklan mukainen tietosuojatyöryhmä, Suuntaviivat automatisoiduista yksittäispäätöksistä ja profiloinnista asetuksen (EU) 2016/679 täytäntöön panemiseksi. 17/FI, WP251rev.01. Annettu 3. lokakuuta 2017. Viimeksi tarkistettu ja hyväksytty 6. helmikuuta 2018.

Burgess, J. Peter – Floridi, Luciano – Pols, Aurélie – van den Hoven, Jeroen, Towards a digital ethics — EDPS ethics advisory group 2018. (Burgess ym. 2018.) Saatavana osoitteesta: [[https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/18-01-25\\_eag\\_report\\_en.pdf](https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/18-01-25_eag_report_en.pdf)] (19.5.2020)

De Vos, Marc, Beyond formal equality: Positive action under Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC. Office for Official Publications of the European Communities. 2007.

Euroopan neuvosto, Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, European Treaty Series - No. 177, 4.11.2000. Saatavana osoitteesta: [<https://rm.coe.int/090000016800ccea48>] (19.5.2020)

Euroopan unionin perusoikeuskirjan selitykset EUVL 2007/C 303, 14.12.2007.

Euroopan unionin perusoikeusvirasto, #BigData: Discrimination in data-supported decision making. FRA Focus, 2018. Saatavissa osoitteesta: [[https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/fra-2018-focus-big-data\\_en.pdf](https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-focus-big-data_en.pdf)] (19.5.2020)

Werner, Helmut – Caracciolo Di Torella, Eugenia, Gender Equal Access to Goods and Services Directive 2004/113/EC European Implementation Assessment. EU Publications 2017.

### **Kansalliset viranomaisjulkaisut**

Koulu, Riikka – Mäihäniemi, Beata – Kyyrönen, Vesa – Hakkarainen, Jenni – Markkanen, Kalle, Algoritmi päätöksentekijänä? : Tekoälyn hyödyntämisen mahdollisuudet ja haasteet kansallisessa sääntely-ympäristössä. Valtioneuvoston kanslia 2019. (Koulu ym. 2019) Saatavilla osoitteesta:

[[https://julkaisut.valtioneuvosto.fi/bitstream/handle/10024/161700/TEAS\\_44\\_19\\_Algoritmi%20paaatoksentekijana.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://julkaisut.valtioneuvosto.fi/bitstream/handle/10024/161700/TEAS_44_19_Algoritmi%20paaatoksentekijana.pdf?sequence=1&isAllowed=y)] (19.5.2020)

### **Kansallinen lainvalmisteluaineisto**

HE 57/1985 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle naisten ja miesten välistä tasa-arvoa koskevaksi lainsäädännöksi.

HE 309/1993 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.

HE 44/2003 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi yhdenvertaisuuden turvaamisesta sekä eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta.

HE 121/2004 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn yleissopimuksen kahdennentoista pöytäkirjan hyväksymisestä ja laiksi pöytäkirjan lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta.

HE 195/2004 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta annetun lain muuttamisesta.

HE 241/2006 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle luottotietolaiksi ja siihen liittyviksi laeiksi.

HE 78/2012 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi kuluttajansuojalain 7 luvun, eräiden luotonantajien rekisteröinnistä annetun lain sekä korkolain 2 §:n muuttamisesta.

HE 19/2014 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle yhdenvertaisuuslaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi

HE 9/2018 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle EU:n yleistä tietosuojaa-asetusta täydentäväksi lainsäädännöksi.

PeVL 2/1990 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto n:o 2 Helsingissä 18. päivänä huhtikuuta 1990 ulkoasiainvaliokunnalle.

PeVL 42/2006 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 83/2006 vp) ulosottokaareksi ja laiksi verojen ja maksujen täytäntöönpanosta sekä eräiksi niihin liittyviksi laeiksi.

PeVL 28/2012 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 78/2012 vp) laeiksi kuluttajansuojalain 7 luvun, eräiden luotonantajien rekisteröinnistä annetun lain sekä korkolain 2 §:n muuttamisesta.

PeVL 31/2013 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 92/2013 vp) laeiksi rajavartiolaitoksen hallinnosta annetun lain ja henkilö- tietojen käsittelystä rajavartiolaitoksessa annetun lain sekä eräiden niihin liittyvien lakien muuttamisesta.

PeVM 25/1994 vp: Perustuslakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä (HE 306/1994 vp) perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.

## OIKEUSTAPAUKSET

### Euroopan ihmisoikeustuomioistuin

*Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” v. Belgium*, 23.7.1968 (*Belgian Linguistics* -tapaus)

*Timishev v. Venäjä*, 55762/00 ja 55974/00, 13.12.2005

*D.H. ym. v. Tšekki*, 57325/00, suuri jaosto, 13.11.2007

*Konstantin Markin v. Venäjä*, 30078/06, suuri jaosto, 22.3.2012

*Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugali*, 17484/15, 25.7.2017

### Euroopan unionin tuomioistuin

6-64 *Flaminio Costa v. ENEL* EU:C:1964:66

29/69 *Erich Stauder v. Stadt Ulm - Sozialamt* EU:C:1969:57

4/73 *J. Nold Kohlen und Baustoffgroßhandlung v. Euroopan yhteisöjen komissio* EU:C:1974:51

C 810/79 *Peter Überschär v Bundesversicherungsanstalt für Angestellte* EU:C:1980:228

C 170/84 *Bilka - Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz* EU:C:1986:204

C-109/91 *Gerardus Cornelis Ten Oever v Stichting Bedrijfspensioenfonds voor het Glazenwassers- en Schoonmaakbedrijf*, EU:C:1993:833, Julkisasiamies Walter van Gervenin ratkaisuehdotus. Annettu 28.4.1993. (jäljempänä julkisasiamies van Gervenin ratkaisuehdotus *Ten Oever* -tapauksessa)

C-555/07 *Seda Küçükdeveci v Swedex GmbH & Co. KG* EU:C:2010:21

C-236/09 *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL and Others v Conseil des ministres* EU:C:2011:100

C-236/09 *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL and Others v Conseil des ministres* EU:C:2011:100, Julkisasiamies Juliane Kokottin ratkaisuehdotus. Annettu 30.9.2010. (jäljempänä julkisasiamies Kokottin ratkaisuehdotus *Test-Achats* -tapauksessa)



**Korkein hallinto-oikeus**

KHO 2015:8

**Yhdenvertaisuus- ja tasa-arvolautakunta**

Yhdenvertaisuus- ja tasa-arvolautakunta 21.3.2018 (216/2017)

**MUUT LÄHTEET**

Merriam-Webster.com, hakusana ”profiling.” Merriam-Webster 2020. <https://www.merriam-webster.com>. (11. toukokuuta 2020).